UNIVERSITÉ DE CAEN
FACULTÉ DE DROIT ET DES SCIENCES ÉCONOMIQUES

L'ÉTAT DE NÉCESSITÉ EN DÉMOCRATIE

THÈSE POUR LE DOCTORAT

soutenue publiquement à la Faculté de Droit et des Sciences Économiques
le 15 février 1964 à 14 heures
par

GENEVIÈVE CAMUS

JURY

MM. MORANGE	*Professeur,*	*Président de la thèse*
NGUYEN QUOC DINH	*Professeur*	*Suffragants*
ROCHE	*Professeur*	

PARIS
LIBRAIRIE GÉNÉRALE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE
R. PICHON ET R. DURAND-AUZIAS
20, Rue Soufflot, 20
1965

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41547014_0020

L'ÉTAT DE NÉCESSITÉ EN DÉMOCRATIE

UNIVERSITÉ DE CAEN
FACULTÉ DE DROIT ET DES SCIENCES ÉCONOMIQUES

L'ÉTAT DE NÉCESSITÉ EN DÉMOCRATIE

THÈSE POUR LE DOCTORAT

soutenue publiquement à la Faculté de Droit et des Sciences Économiques
le 15 février 1964 à 14 heures

par

GENEVIÈVE CAMUS

JURY

MM. MORANGE — *Professeur, Président de la thèse*

NGUYEN QUOC DINH — *Professeur* } *Suffragants*

ROCHE — *Professeur* }

PARIS
LIBRAIRIE GÉNÉRALE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE
R. PICHON ET R. DURAND-AUZIAS
20, Rue Soufflot, 20

1965

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses. Ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

UNIVERSITE DE CAEN

FACULTE DE DROIT ET DES SCIENCES ECONOMIQUES

ANNEE SCOLAIRE 1963-1964

DOYEN

M. Lemonnier,

ASSESSEUR

PROFESSEURS

M.	
Lemonnier,	Doyen, Profesesur de Droit Civil.
Perreau,	Professeur de Droit Criminel et Procédure Pénale.
Yver,	Professeur d'Histoire du Droit.
Morange,	Professeur de Droit Constitutionnel.
Carabie,	Professeur de Droit Roumain.
Plaisant,	Professeur de Droit Civil.
Boutard,	Professeur de Droit Civil.
Joly,	Professeur de Procédure Civile et de Voies d'Exécution.
Pasquier,	Professeur d'Economie Politique.
Nguyen Quoc Dinh,	Professeur de Droit International Public.
Cardascia,	Professeur d'Histoire du Droit de l'Antiquité.
Ladreit de Lacharrière,	Professeur de Droit Administratif.
Roche,	Professeur de Droit Public.
Soyer,	Professeur de Droit Privé.
De Corail,	Professeur de Droit Privé.
Schaeffer,	Professeur de Droit Public.
Mabileau,	Professeur de Droit Public.
Thierry,	Professeur sans chaire de Droit Public.
Lévy,	Agrégé de Sciences Economiques.
Cotta,	Agrégé de Sciences Economiques.

Chargés de Cours

M.	
Le Galcher-Baron,	Chargé de cours de Droit Privé.
Chaineau,	Chargé de cours de Sciences Economiques.
Saint-Paul,	Chargé de cours de Sciences Economiques.
Abraham-Frois,	Chargé de cours de Sciences Economiques.
Pimont,	Chargé de cours de Droit Public.

Secrétaire

M.	
Caucal,	Conseiller Administratif, Secrétaire des Facultés de Droit et des Sciences.

UNIVERSITEITSBIBLIOTHEEK - LEIDEN -

INTRODUCTION

Les transformations rapides du monde moderne ont obligé les juristes à reposer, depuis quelques décades, la plupart des grands problèmes de droit constitutionnel, afin de maintenir la cohérence de la doctrine tout en l'adaptant aux réalités nouvelles. L'état de nécessité n'a pas, jusqu'ici, fait l'objet d'un tel travail ; pourtant, l'urgence s'en fait de plus en plus sentir. Car il règne en la matière une très grande confusion, conséquence de l'évolution de ces cinquante dernières années sur les deux plans, étroitement liés, des faits et des idées.

Au point de départ se trouve la multiplication indiscutable des situations de crise dans les Etats modernes. Il n'est pas une grande nation qui n'ait connu depuis la première guerre mondiale au moins une période de troubles graves et qui n'ait été contrainte d'infléchir plus ou moins durablement le fonctionnement normal de ses institutions constitutionnelles. Or, le phénomène s'est signalé à l'attention des observateurs, à la fois par sa généralité et par son ampleur, à une époque où la doctrine traditionnelle opérait, de son côté, une véritable révolution, avec la naissance et le développement de la science politique moderne. Cet esprit « science politique » devait avoir de l'influence même chez les auteurs les plus « classiques » : affranchis des méthodes exégétiques traditionnelles, ils se sont attachés à l'étude des faits concrets, au moins dans la mesure où ils se répercutaient sur les règles de droit. Il était donc fatal, dans ces conditions, que la nécessité, en passe de devenir un des ressorts habituels de la vie politique des Etats modernes, tendît à occuper une place de choix dans les préoccupations doctrinales.

Et, de fait, on peut relever une floraison de monographies qui s'y consacrent plus ou moins directement, ainsi qu'une augmentation des développements que les ouvrages généraux de droit constitutionnel lui réservent (1). Cet accroissement quantitatif s'est accompagné d'un certain progrès qualitatif : les études ont pris une orientation plus concrète, sous la poussée du droit positif d'ailleurs, alors qu'auparavant les problèmes traités à propos de l'état de nécessité étaient souvent d'ordre éthique ou philosophique.

---

(1) Cf. bibliographie générale.

Mais il ne s'agit là que d'un progrès très limité. Le foisonnement des études consacrées à la nécessité a entraîné une diversification, voire un véritable éclatement, des concepts. La notion d'état de nécessité a perdu une partie de sa signification à force d'être appliquée à des situations de plus en plus nombreuses et diverses. Les éléments communs aux situations qualifiées d'état de nécessité se sont réduits comme une peau de chagrin, jusqu'à n'être plus que cette idée vague et très générale que toute situation un tant soit peu anormale au regard du droit constitue un état de nécessité. Toute définition précise a disparu, la nécessité devient un pavillon qui recouvre à peu près n'importe quelle marchandise.

Cette confusion se manifeste dès l'abord dans les expressions dont il est fait usage. Le mot « nécessité » est à peu près partout employé (2), mais les expressions auxquelles les auteurs le rattachent ne sont pas identiques : Barthélémy et Duez parlent seulement de « nécessité » (3), Duguit de « règlements de nécessité » (4), R. Hoerni d' « état de nécessité » (5), F. Castberg de « droit de nécessité » (6), J. Lamarque de « théorie de la nécessité » (7). Surtout, ces expressions ne paraissent pas recouvrir exactement la même situation ; tout au plus traduisent-elles des idées voisines.

Peu d'auteurs prennent au surplus le soin de définir ce dont ils parlent. Encore faut-il constater que les définitions de ceux qui se donnent cette peine se rapprochent sans se recouvrir entièrement. Ainsi, pour Hoerni :

> « Il y a état de nécessité en droit public lorsque, pour des raisons indépendantes de sa volonté, l'Etat se trouve dans l'impossibilité de se conformer aux formes régulières pour effectuer des modifications de droit positif reconnues indispensables à raison des circonstances » (8).

Pour F. Castberg :

> « A titre provisoire, on peut définir le droit de nécessité en droit constitutionnel comme le droit, quand cela devient d'extrême urgence dans une situation exceptionnelle, d'agir d'une manière qui, tout en restant dans l'esprit des principes constitu-

---

(2) Encore qu'un auteur comme C.-J. Friedrich consacre tout un chapitre à la nécessité sous le titre *La dictature constitutionnelle et le gouvernement militaire* sans employer le mot une seule fois. (*La démocratie constitutionnelle*, pp. 387-414).

(3) *Traité de droit constitutionnel*, 1933, pp. 242 et s.

(4) *Traité de droit constitutionnel*, t. III, pp. 748 et s.

(5) « De l'état de nécessité en droit public fédéral suisse. Etude juridique sur les pleins pouvoirs. » Thèse. Genève, 1917.

(6) *Le droit de nécessité en droit constitutionnel*, in Mélanges Gidel, pp. 106-126.

(7) *La théorie de la nécessité et l'article 16 de la constitution de 1958*, R.D.P. 1961, p. 558.

(8) *Op. cit.*, p. 12.

tionnels, est contraire aux règles positives formulées pour régir le fonctionnement normal des pouvoirs publics » (9).

Pour Carl Schmitt :

« L'état de nécessité est basé sur l'idée que, en dehors ou en violation des articles de la constitution, en cas extrême et imprévu, un organe étatique quelconque ayant la force d'agir, agit pour sauvegarder l'existence de l'Etat et pour faire le nécessaire dans la situation donnée. Un tel état de nécessité, tel qu'il a été revendiqué par la plupart des Etats pendant la guerre, est souvent justifié par l'argument qu'il y aurait une lacune dans la constitution qui ne prévoit pas les cas exceptionnels. Il faut souligner la distinction entre l'état de nécessité proprement dit et l'article 48 al. 2 (de la constitution de Weimar) par l'observation que cet article ne consacre pas l'état de nécessité puisqu'il est prévu comme compétence constitutionnelle » (10).

On trouve donc, à côté d'éléments communs, des éléments particuliers à chaque auteur. Et l'éventail des particularités s'ouvrirait bien davantage si l'on extrapolait à partir des développements consacrés par d'autres auteurs à la question, au lieu de se limiter à ceux qui ont tenu à bien préciser leurs concepts au départ.

Or ceci risque d'entraîner des conséquences très graves pour l'avenir de la science juridique et d'une manière plus préjudiciable encore pour l'avenir constitutionnel des Etats que le droit est appelé à régir. Le droit ne peut, en effet, remplir sa fonction qu'à la condition d'être à la fois suffisamment souple pour s'adapter aux besoins nouveaux de la société au fur et à mesure de leur apparition et suffisamment stable pour assurer néanmoins la sécurité des rapports sociaux. Tous ceux qui collaborent à l'édification du droit doivent se préoccuper de lui conférer ce double caractère ; mais une certaine répartition des tâches s'opère : c'est au législateur et surtout au juge de réaliser les évolutions utiles ; il revient plutôt à la doctrine de veiller à la certitude des rubriques et à la cohérence du système, à partir, bien entendu, des données de la réalité.

La confusion qui règne actuellement à propos de l'état de nécessité montre à l'évidence que cette tâche n'est pas remplie. La pression des faits a entraîné une certaine évolution du droit, que la doctrine a enregistré sous un aspect purement descriptif ; mais une grande partie du travail reste à faire si l'on veut que le droit constitutionnel continue d'apporter en la matière une contribution valable au bon fonctionnement des institutions.

C'est afin de participer à la progression du travail doctrinal que

---

(9) *Op. cit.*, p. 106.

(10) *Die Diktätur* 1928, cité par Koell Reutter, *Droit constitutionnel général*, 1953, p. 151.

nous avons entrepris cette étude sur l'état de nécessité ; un examen rapide de la situation actuelle a suffi pour nous convaincre de l'existence d'un réel besoin à cet égard. Mais en même temps, il nous a apporté une précieuse indication sur le choix de la méthode à adopter pour mener à bien cette étude. Il nous fallait en effet choisir entre deux méthodes de base, l'une et l'autre employées dans le domaine de la recherche juridique.

La première méthode pourrait être qualifiée d'inductive. Elle est plutôt dans la ligne de la science politique et s'apparente à l'analyse descriptive. Elle consiste à étudier les faits bruts (11) tels qu'ils se présentent à l'observateur et à en dresser une sorte de catalogue détaillé, en laissant au lecteur le soin de réfléchir sur cette matière première pour tirer une philosophie personnelle des phénomènes ainsi offerts à son attention.

La seconde méthode présente les caractéristiques opposées. C'est une méthode plutôt déductive, qui se situe dans une perspective plus juridique et s'attache davantage aux aspects normatifs des questions. Elle conduit à rechercher d'abord, par un effort de réflexion rigoureusement mené, les problèmes qui se posent et, après les avoir ordonnés logiquement, à voir les solutions qui leur ont été effectivement apportées, à les apprécier d'un point de vue critique et, éventuellement, à proposer avec justifications à l'appui celles qu'il eût été préférable d'adopter.

Ceci étant, il ne faudrait pas exagérer l'opposition entre les deux méthodes. Nous l'avons présentée comme très tranchée afin de faciliter la compréhension du choix qui s'offrait à nous au départ ; mais il est indispensable de la nuancer quelque peu ensuite.

La méthode inductive n'a de sens que si elle permet, au terme de l'étude, de dégager quelques grandes lignes de l'exposé des faits ; autrement, il s'agirait d'une description sans grand intérêt. Ceci suppose chez celui qui examine les faits un minimum d'idées générales, au moins ébauchées, en fonction desquelles il ordonne les résultats de ses observations, et avec lesquelles il puisse confronter ces résultats. C'est à cette condition seulement que son travail pourra être fructueux.

La méthode déductive, à l'inverse, ne saurait avoir un caractère purement abstrait, sous peine de n'être qu'un bel exercice de virtuosité sans la moindre portée pratique. La réflexion logique doit plonger ses racines dans la réalité, elle doit en quelque sorte s'en nourrir tout au long de son déroulement. C'est dire que celui qui choisit cette méthode ne peut utilement entreprendre une étude sans avoir auparavant recueilli un certain nombre de faits et sans en avoir pris un minimum de connaissance. Le schéma de recherche qu'il élabore n'est pas purement arbitraire, il repose sur des données réelles. Et la suite des investigations peut conduire à l'infléchir dans un sens ou dans un

(11) Par « fait brut », nous entendons aussi bien les dispositions de droit existantes que les expériences effectivement vécues par les Etats.

autre. Certes, l'idée progressera par l'insertion de faits nouveaux venant appuyer l'idée de base ; mais si ces faits l'infirment, il faudra tenir compte de cette infirmation, soit pour tempérer ce que l'idée pouvait avoir de trop absolu, soit même pour finalement l'abandonner. L'opposition entre les deux méthodes n'est donc pas aussi accusée qu'elle pouvait le paraître.

Et surtout, il ne s'agit que d'une différence de méthode, c'est-à-dire d'une différence portant seulement sur une démarche de pensée. Le fond de la pensée n'en est pas affecté : les faits étant toujours les faits, les enseignements que l'esprit peut en tirer seront nécessairement les mêmes quelle que soit la méthode choisie (12). Si bien qu'en définitive, les deux méthodes ont la même valeur ; elles sont également honnêtes intellectuellement. La méthode déductive ne sacrifie pas plus les données concrètes aux fruits de la pensée que la méthode inductive les impératifs de la logique aux évidences des faits. Le chercheur demeure donc, de ce côté-là, entièrement libre d'opter pour l'une ou pour l'autre ; on ne saurait lui reprocher son choix pour des raisons de principe.

Ce choix relève, en réalité, d'une question d'opportunité ; plus précisément, il dépend du but poursuivi au moment où l'étude est entreprise. S'agit-il de dresser un premier bilan d'une question entièrement nouvelle ou non encore examinée ? Alors la méthode inductive est préférable parce qu'elle donne une importance plus grande à l'exposé des faits à l'état pur. S'agit-il, au contraire, de faire le point d'une question relativement ancienne et déjà envisagée sous plusieurs de ses aspects ? Alors la méthode déductive est meilleure parce qu'elle permet de mieux faire la synthèse des travaux antérieurs, qui ont eux-mêmes opéré un premier regroupement des faits.

Il résulte de ce bref exposé méthodologique que nous sommes conduite à adopter ici la méthode déductive, par les conditions même dans lesquelles nous entreprenons cette étude.

Le choix de cette méthode apparaît possible compte tenu de ce que nous avons dit sur la façon de conserver le nécessaire équilibre entre la réflexion et le réel. L'intérêt de la doctrine pour l'état de nécessité a donné naissance à un certain nombre d'études menées plutôt selon la méthode inductive, monographies consacrées à la question dans divers Etats ou développements axés sur tel ou tel aspect du problème. Leur valeur est assez inégale, mais la somme des renseignements qu'elles contiennent, ajoutée à ceux que peut fournir une observation directe même sommaire, constitue une base de départ suffisante pour alimenter un premier travail de réflexion et permettre d'esquisser les grandes lignes d'une étude théorique.

Le choix de la méthode déductive est au surplus souhaitable parce qu'elle nous paraît être la seule qui, en l'état actuel des choses, per-

(12) A partir du moment où elle est employée comme elle doit l'être bien entendu.

mette de répondre vraiment au besoin de systématisation né des incertitudes pratiques et doctrinales. On ne peut réussir à mettre fin à la confusion qu'en abordant la question d'une façon synthétique, avec une très grande rigueur de pensée. Seule la méthode déductive permet d'entreprendre l'examen systématique de l'état de nécessité en droit constitutionnel.

Mais celui-ci ne peut être valable que si nous prenons soin de bien préciser au départ ce dont nous parlons et de circonscrire nettement l'objet de nos travaux. Ceci suppose d'abord que nous recherchions la définition de l'état de nécessité en droit constitutionnel, ensuite que nous indiquions la place occupée par la notion dans cette discipline.

Section I

RECHERCHE D'UNE DEFINITION DE L'ETAT DE NECESSITE EN DROIT CONSTITUTIONNEL

Définir une notion ne soulève pas de problèmes lorsque l'unanimité s'est rapidement formée et constamment maintenue autour d'elle. Il est alors possible de s'en tenir à l'acception généralement reçue. Il n'en va plus de même lorsque des divergences apparaissent. Il faut alors procéder à un examen minutieux de chacun des termes de la définition. La confusion que nous avons relevée à propos de l'état de nécessité en droit constitutionnel oblige donc à reprendre tout le processus d'élaboration de cette notion.

Le meilleur point de départ pour ce travail semble résider dans les enseignements d'autres disciplines juridiques (13). L'état de nécessité est une notion familière dans maintes branches du droit, et il est pratiquement indispensable de s'y référer. En effet, l'esprit humain a une tendance naturelle à transposer des notions connues pour les utiliser dans les secteurs nouveaux où il commence à porter ses investigations. Est-ce le fait d'un manque d'imagination ou la manifestation d'un besoin de sécurité ? Les deux causes s'ajoutent probablement... De toute façon, il est certain que le phénomène est général ; on peut le remarquer dans le domaine juridique aussi bien que partout ailleurs.

---

(13) Celles-ci trouvent d'ailleurs leur source, sur le plan de la définition des concepts, dans les données générales de la philosophie. Elles en ont fait une première adaptation au milieu juridique, au-delà de laquelle il est inutile de remonter. Pour une étude philosophique de la question, voyez cependant l'ouvrage de J. Laporte : *L'idée de nécessité*, Paris, P.U.F., 1941.

Aussi paraît-il opportun, pour reconstituer en quelque sorte la formation de la notion d'état de nécessité en droit constitutionnel, de partir des données fermement établies dans les autres branches du droit, sauf à envisager ensuite toutes les adaptations nécessaires à leur transposition en droit constitutionnel.

§ 1. — *L'état de nécessité dans les diverses disciplines juridiques.*

La notion d'état de nécessité s'est successivement introduite dans le droit pénal, dans le droit public international et dans le droit civil. Cet ordre chronologique n'est pas dû à un caprice du hasard ; il était dès l'origine commandé par le caractère plus ou moins étroit des relations qui existent entre l'objet de chaque discipline et l'idée fondamentale qui est à la base de l'état de nécessité.

Cette idée devait apparaître avec une netteté grandissante au fur et à mesure que se précisaient, au vu des applications concrètes, les définitions de l'état de nécessité dans ces disciplines. En droit pénal comme en droit international public ou en droit civil, on a très vite admis que, dans certaines circonstances, il était bon de permettre à un homme ou à un organe de sortir exceptionnellement des règles établies, afin d'assurer la sauvegarde d'un bien précieux que le droit a précisément pour but de protéger. Cette idée très générale vaut pour toutes les hypothèses d'état de nécessité ; elle ne constitue pas à proprement parler une définition (14), mais elle permet de mettre en relief l'existence de deux éléments fondamentaux de toute définition de l'état de nécessité : un élément objectif et un élément subjectif (15).

A. — *L'élément objectif.*

L'élément objectif de l'état de nécessité consiste dans l'existence d'une situation de fait, imposée de l'extérieur en dehors de la volonté de ceux qui sont chargés d'élaborer et d'appliquer les règles de droit (16). Quelles sont les composantes de cette situation de fait ?

Il faut pour les saisir partir de la fonction sociale du droit. Dans toute société, le droit remplit une mission de protection envers des biens dont la perte causerait directement ou indirectement un dommage profond, voire irréparable, au corps social. L'existence de ces biens est donc, en principe, défendue contre toute menace simplement par l'application de la règle de droit.

Seulement le droit comme toute œuvre humaine n'a qu'une

(14) Celle-ci n'est pas identique dans toutes les branches du droit.

(15) Cf. R. Savatier : *L'état de nécessité et la responsabilité civile extra-contractuelle*, dans les Mélanges à la mémoire de H. Capitant, Dalloz, 1939, p. 729, note (2).

(16) Le qualificatif d'objectif se justifie par cette extériorité des données de fait.

valeur relative et contingente. La norme juridique est élaborée en fonction des circonstances existant au moment de son élaboration ou, tout au moins, en prévision de la conjoncture où la société est amenée à se trouver le plus fréquemment. La règle de droit qui tend à normaliser les rapports sociaux est établie en vue de son application à une situation de fait normale. Elle ne peut prévoir les menaces et les moyens d'y faire face au delà d'un certain seuil de gravité. Aussi des événements vraiment inhabituels risquent-ils de survenir sans qu'existent les armes juridiques qui permettraient de riposter. Il arrivera même souvent que l'application des règles normales aurait pour effet d'entraver la sauvegarde du bien.

L'élément objectif de l'état de nécessité débouche donc sur l'éventualité d'une situation absurde : l'application des règles de droit prévues pour protéger un bien irait finalement à l'encontre du but recherché par leur auteur.

Cet élément se retrouve tant en droit pénal qu'en droit international public ou en droit civil. Seule varie de l'un à l'autre la nature du bien menacé ; et c'est précisément cette variation qui permet d'expliquer, au moins en partie, l'ordre chronologique de l'apparition de l'état de nécessité dans ces trois disciplines.

En droit pénal, le bien essentiel est la vie, et plus généralement l'intégrité de la personne humaine. Les premières règles de droit pénal ont eu pour objet la répression de toute atteinte au corps humain (17). L'état de nécessité se caractérisera donc par l'existence d'un danger de mort ou de souffrance corporelle grave, que l'application de la règle de droit serait impuissante à empêcher. Les définitions volontairement générales et impersonnelles des auteurs de droit criminel ne permettent sans doute pas toujours de s'en rendre compte exactement (18). Mais les exemples qu'ils développent montrent bien que l'essentiel des cas de nécessité se ramène, du point de vue objectif, à une menace grave contre la vie humaine (19).

---

(17) Sans doute note-t-on dès l'origine l'existence de sanctions pour l'atteinte à la propriété ; mais en général ces sanctions s'expliquent par le fait que la propriété était un élément indispensable à la défense des membres de la collectivité contre les dangers naturels, donc finalement indispensable à la survie de l'homme elle-même.

(18) C'est ainsi que le plus explicite de ces auteurs, le professeur Donnedieu de Vabres, écrit : « L'état de nécessité est un état de chose tel que la sauvegarde d'un droit ou d'un bien exige l'exécution d'un acte en lui-même délictueux et portant atteinte à un autre bien, appartenant à une autre personne. » (*Traité de droit criminel et de la législation pénale comparée*, 3e éd., 1947, p. 218).

(19) Stefani et Levasseur : *Droit pénal général et criminologie*. Précis Dalloz, 1957, n° 125.

R. Vouin : *Manuel de droit criminel*, 1949, p. 182.

J. Vidal et J. Magnol : *Droit criminel et science pénitentiaire*, t. I, pp. 370 à 383. Ils décomposent avec minutie l'élément objectif de l'état de nécessité, en particulier p. 377.

Cf. également l'introduction de la thèse de E. Tawfite Hazan : *L'état de nécessité en droit pénal interétatique et international*, consacrée à une vue de l'état de nécessité dans d'autres disciplines juridiques (en particulier chapitre II).

On comprend, dès lors, que l'état de nécessité se soit introduit d'abord en droit pénal : rien n'apparaît plus précieux à l'homme, au départ, que sa propre vie. Même lorsque la survie du groupe semble passer avant, comme c'est le cas de maintes sociétés primitives, celle-ci est au fond conditionnée, sur une grande échelle, par la préservation de la vie individuelle de chacun de ses membres ; l'individu est une valeur pour le groupe.

Cependant il tend à se produire une dissociation entre le corps social et chacun des individus qui le composent au fur à mesure que le groupe s'élargit et en même temps s'organise. La sauvegarde du groupe apparaît alors avec une autonomie propre. La protection de l'Etat devient aussi indispensable que celle de l'individu. L'intégrité du territoire, l'indépendance nationale, les intérêts vitaux du pays, accèdent au rang des biens les plus précieux. L'appel à la notion d'état de nécessité en droit international public est l'aboutissement logique de ce phénomène.

La majorité des internationalistes condamne certes de façon catégorique l'état de nécessité (20). Mais cela n'empêche pas que l'accord soit total sur la définition de cette notion que P. de Visscher exprime ainsi : « L'état de nécessité se présente donc quand un Etat estime ne pouvoir sauvegarder ses intérêts essentiels que par une violation des droits d'un autre Etat » (21) (22).

Enfin le droit civil lui-même va connaître l'état de nécessité, avec comme élément objectif une menace contre un bien matériel ou incorporel qu'une entorse aux règles de droit relatives à ce bien permet seule d'écarter. C'est ce qui transparaît, par exemple, dans la façon dont P. Lallement pose le problème de savoir si « l'intérêt général est de maintenir l'application de la règle ordinaire de droit quand il y a état de nécessité, c'est-à-dire quand cette règle aurait pour résultat de provoquer un sacrifice d'intérêts considérables » (23). L'élément objectif n'est certes pas directement précisé (24) ; mais il ressort des développements du reste de l'ouvrage, en particulier des exemples

---

(20) Delbez : *Les principes généraux du contentieux international*, L.G.D.J., 1962, p. 186.

P. de Visscher : *Les lois de la guerre et la théorie de la nécessité*, R.G.D.I.P., 1917, pp. 74 et s.

(21) *Op. cit.*, p. 95, avec de nombreuses références aux auteurs allemands.

(22) Cf. Tawfite-Hazan, précité, et Glaser : *Quelques remarques sur l'état de nécessité en droit international*, *Revue critique de droit criminel* (devenue *Revue de droit pénal et de criminologie*), 1952.

(23) *L'état de nécessité en matière civile*, P.U.F., Paris 1922, p. 5.

(24) Pas plus que dans la définition générale que l'auteur donne de l'état de nécessité : « En droit... c'est l'état de l'individu placé dans l'alternative de supporter un danger menaçant ou d'enfreindre quelque règle obligatoire. L'acte qui permet d'échapper au danger et qui, en même temps, viole une prescription juridique est un acte nécessaire. » *Ibidem*, p. 21.

Et plus loin (p. 28) : « L'acte nécessaire est un acte dommageable qui serait contraire au droit s'il n'avait été entrepris comme seul moyen d'éviter un danger d'une certaine gravité et dont la réalisation était très probable. »

retenus par l'auteur (25) (26). L'application stricte des règles relatives au droit de propriété d'un bien conduirait, à cause de la survenance de certaines circonstances imprévues, à sacrifier totalement ce bien et à compromettre au surplus l'exercice de ce même droit de propriété sur des biens identiques ou placés dans une situation analogue.

L'élément objectif se retrouve donc en droit pénal, en droit international et en droit civil. Son caractère essentiel se trouve confirmé par l'ordre chronologique d'apparition de l'état de nécessité dans ces diverses disciplines : le problème s'y est posé d'autant plus tôt que le bien à sauvegarder était plus précieux. Cet ordre chronologique corrobore également l'existence d'un élément subjectif de la notion.

B. — *L'élément subjectif.*

Il est difficile de dire lequel, de l'élément objectif ou de l'élément subjectif, est le plus important, car tous deux sont essentiels à la définition de l'état de nécessité. Néanmoins, il semble que l'élément subjectif l'emporte parce qu'il va permettre de séparer la notion d'état de nécessité d'une notion voisine, celle de la force majeure. Au fond l'élément objectif permet de découvrir le « genre » de l'état de nécessité : il appartient aux situations critiques susceptibles d'entraîner une violation de la règle de droit, alors que l'élément subjectif sert à préciser « l'espèce » de l'état de nécessité parmi les situations du même genre.

Cet élément subjectif consiste dans la présence, face à la situation objective, d'un sujet de droit doté d'un pouvoir de libre détermination.

L'existence de ce sujet de droit était à vrai dire déjà impliquée par l'élément objectif : les règles de droit supposent en effet une volonté humaine pour les créer et les appliquer. La protection du bien exige la présence d'un ou plusieurs sujets de droit situés par l'ordre juridique dans un certain rapport de droit vis-à-vis de ce bien. Or, ce sujet de droit se trouve placé, par suite des circonstances, dans l'alternative suivante : violer le droit ou perdre le bien (27).

---

(25) Le plus important est emprunté au droit maritime. C'est celui du sacrifice d'une partie de la cargaison décidé par le capitaine pour sauver le navire et le reste de la cargaison.

(26) La même remarque peut être faite à propos de l'étude de R. Savatier citée plus haut, p. 15.

(27) On peut noter en passant que la présence d'un sujet de droit contribue à expliquer l'ordre chronologique d'apparition de la notion d'état de nécessité dans les diverses branches du droit. Le premier sujet de droit fut l'homme considéré comme titulaire du droit à la vie ; puis apparut à côté le groupe social qui, personnalisé, est devenu l'Etat ; enfin l'homme considéré non plus seulement en lui-même mais avec tout son patrimoine et inséré dans un réseau d'obligations contractuelles et extracontractuelles. C'est au fur et à mesure que l'on reconnaissait la capacité juridique à ces sujets de droit que devait naître aussi pour chacun d'eux la possibilité de se trouver dans l'alternative évoquée.

Lui qui n'avait joué jusqu'ici qu'un rôle passif en face des événements va devoir effectuer un choix, et un choix qui sera l'œuvre de sa volonté libre. C'est alors qu'apparaît l'élément subjectif, car la liberté du sujet se manifeste à deux points de vue.

En premier lieu, le sujet de droit n'est absolument pas contraint d'agir dans un sens déterminé. Il doit certes violer le droit s'il veut sauvegarder le bien, mais il peut ne pas vouloir sauvegarder le bien ; il n'est pas contraint de suivre son intérêt — ou celui de la société qu'il représente (28). C'est là que réside la différence entre l'état de nécessité et la force majeure qui, elle, est irrésistible et ne laisse aucune place à l'appréciation du sujet relativement à la façon dont il doit agir. L'élément objectif est un donné qui s'impose au sujet mais ne lui impose pas sa conduite ; c'est lui-même qui se l'impose au vu de l'élément objectif (29). Criminalistes, internationalistes et civilistes ont également mis ce point en lumière en opposant l'état de nécessité et la force majeure (30).

En second lieu, il appartient au sujet de droit d'apprécier lui-même discrétionnairement l'existence de la situation objective. En effet, il n'est pas toujours évident que l'application du droit entraînerait nécessairement la perte du bien ; tout au plus dans certains cas y a-t-il seulement risque de perte, avec un degré de probabilité plus ou moins élevé. Les données du choix existent, certes, mais leur évalua-

---

(28) Aucun acte juridique ou autre ne pourrait être considéré comme un acte libre si on admettait que l'existence d'un intérêt, aussi puissant soit-il, suffit à supprimer toute liberté de décision.

(29) Cf. à l'appui de ces développements la décomposition de l'idée de nécessité opérée par J. Laporte (*L'idée de nécessité*, précité) dans la préface de son ouvrage. L'auteur distingue d'une part la nécessité empirique, celle qui s'attache au fait brut en tant que tel, qui s'impose au sujet (« même impuissance et par conséquent même nécessité en face de la contrainte ») et d'autre part l'impuissance volontaire qui résulte de la contrainte indirecte ou d'une promesse et qui est la nécessité que le sujet s'impose.

(30) « Il y a quelque analogie », écrit le Professeur Donnedieu de Vabres, « entre la force majeure, ou contrainte physique venant du dehors, et l'état de nécessité. Ce qui crée la différence, c'est que l'auteur du délit nécessaire a eu à exercer un choix ». *Traité* précité, p. 218.

Le Professeur Vouin insiste à deux reprises sur le fait que dans toutes les hypothèses de nécessité, « il y a chez l'agent usage de volonté sous la forme d'un choix ». *Manuel* préc., p. 182.

Il ressort pareillement de l'analyse de la notion d'état de nécessité en droit international, en particulier de la façon dont l'a présentée P. de Visscher (article précité), que l'Etat qui ne pourrait assurer sa propre conservation qu'en violant les règles de droit international ne serait pas contraint à cette violation. La plupart des internationalistes pensent même qu'il est juridiquement tenu de respecter les règles, dussent ses intérêts vitaux en souffrir. Il est vrai que certains auteurs (les auteurs allemands cités par P. de Visscher notamment) estiment que c'est un devoir pour l'Etat que d'assurer sa propre conservation... Quoiqu'il en soit, dans l'un et l'autre cas, l'Etat demeure maître du choix.

Et ceci est également valable en matière civile : P. Lallement voit ainsi dans l'intervention directe de la volonté humaine l'élément qui permet de différencier l'état de nécessité de la force majeure.

tion relève de la compétence souveraine du sujet de droit, provisoirement tout au moins. C'est lui qui est seul juge, pour un temps, du point de savoir si le bien ne peut être réellement sauvé qu'en enfreignant la règle de droit.

Les civilistes ont particulièreemnt insisté sur cette idée. P. Lallement énonce comme une des conditions de l'état de nécessité que la probabilité de l'événement redouté soit très grande, sans aller toutefois jusqu'à exiger la certitude que l'événement se produira, ce qui sous-entend qu'il existe un agent pour apprécier cette probabilité (31). Et le Professeur Savatier fait explicitement allusion à ce pouvoir de l'agent lorsqu'il définit l'état de nécessité comme « la situation de *celui* à qui il apparaît clairement que le seul moyen d'éviter un mal plus grand ou égal est de causer un mal moins grand ou égal » (32).

Il existe de ce point de vue une analogie certaine entre l'état de nécessité et la légitime défense ; la légitime défense n'est au fond qu'une hypothèse de nécessité. Certes la doctrine est loin d'être d'accord sur ce point. Les internationalistes, en particulier, prennent grand soin de distinguer légitime défense et état de nécessité (33), distinction qui s'accompagne en général d'un préjugé favorable pour la première et d'une condamnation catégorique du second. Les criminalistes eux-mêmes, sans insister toujours sur une opposition entre les deux notions, semblent cependant les séparer assez nettement. Ils les étudient successivement comme deux institutions différentes, en classant dans la rubrique « faits justificatifs » d'une part ceux qui ne sont pas controversés (dont la légitime défense) et d'autre part ceux qui le sont (parmi lesquels figure l'état de nécessité) (34).

Mais en réalité, il y a une profonde identité de nature entre les deux notions. L'une et l'autre contiennent les deux éléments, objectif et subjectif, relevés plus haut ; en particulier, l'élément subjectif existe dans la légitime défense : le sujet de droit qui est en situation de légitime défense doit apprécier s'il est réellement dans une telle situation avant de trancher, ensuite, le point de savoir quelle conduite il doit adopter : céder ou riposter. Simplement, l'élément objectif de la légitime défense est constitué par le comportement objectivement irrégulier au regard du droit de celui contre lequel va s'exercer l'action en légitime défense. (C'est celà qui explique l'admission de la légitime défense par le droit positif). Mais la situation ainsi créée par l'acte irrégulier menaçant le sujet de droit n'en est pas moins une situation d'état de nécessité. La légitime défense est une notion plus

---

(31) *Op. cit.*, p. 23.

(32) Avec en note cette précision que « l'agent bénéficiera de la situation créée par l'état de nécessité toutes les fois qu'il sera légitimement fondé à en croire les conditions remplies, alors même que l'une d'elles ferait défaut », (étude précitée, p. 729).

(33) De Visscher (p. 87, notamment) et Delbez précités.

(34) Vouin et Stefani-Levasseur, précités.

restrictive que l'état de nécessité ; mais, répondant à une idée de base analogue, elle rentre dans le concept d'état de nécessité (35).

En droit constitutionnel, seuls Carré de Malberg et Hauriou ont abordé le problème des rapports entre l'état de nécessité et la légitime défense. Carré de Malberg oppose la légitime défense à l'état de nécessité en se fondant sur le fait que la légitime défense est prévue par le droit alors que l'état de nécessité ne l'est pas (36). Ce point de vue est trop formaliste pour être retenu. Hauriou, au contraire, pousse l'identification des deux notions jusqu'à justifier l'état de nécessité par la légitime défense (37). C'est manifestement une faute de raisonnement ; la logique interdit d'élargir au genre ce qui appartient à l'espèce sans avoir démontré le bien fondé de cet élargissement.

Les positions excessives et au surplus contradictoires de ces deux auteurs, le silence des autres représentants de la doctrine constitutionnelle, contrastent avec l'abondance des développements consacrés à la question par les criminalistes et les internationalistes, et avec la modération de leurs opinions largement concordantes sur ce point. Ce contraste provient sans doute de ce que les éléments de définition que nous avons dégagés des autres disciplines juridiques ne doivent pas être conservés tels quels. Il faut les transposer afin d'aboutir à une définition spécifique de l'état de nécessité en droit constitutionnel.

§ 2. — *Transposition en droit constitutionnel.*

L'étude de la notion d'état de nécessité dans les principales disciplines juridiques montre certes la présence constante des deux éléments, objectif et subjectif, mais aussi une certaine variation de leur contenu en fonction de chaque discipline.

Au terme de l'analyse, on arrive à une série de définitions spécifiques parfaitement intégrées à chaque système. La transposition de la notion d'état de nécessité en droit constitutionnel doit donc s'opérer en deux étapes. Il faut d'abord déterminer les éléments de base propres au droit constitutionnel ; il faut ensuite en déduire la définition spécifique de l'état de nécessité en droit constitutionnel.

A. — *La détermination des éléments de base.*

Elle porte également sur l'élément objectif et sur l'élément subjectif. Elle rejoint d'ailleurs l'essentiel des définitions proposées ex-abrupto par les auteurs de droit constitutionnel, ou sous-jacentes à leurs déve-

(35) C'est avec raison que Donnedieu de Vabres écrit : « On peut dire que la légitime défense n'est pas autre chose qu'un cas particulier de l'état de nécessité » (*op. cit.*, p. 227), et que Vidal et Magnol précisent : « Elle est un état de nécessité privilégié » (*op. cit.*, p. 371).

(36) « Contribution à la théorie générale de l'Etat », tome I, p. 620 en note.

(37) Ci-dessous, p. 183.

loppements, avec cependant un certain nombre de réserves qui justifient leur remise en question partielle.

1. — L'élément objectif comprend, au point de départ, un « bien » menacé par les circonstances d'une façon si grave que le droit devient incapable d'en assurer la protection. Ce bien, que l'étude comparative nous a montré être l'objet de la discipline juridique où s'insère l'état de nécessité, sera ici l'Etat, objet fondamental du droit constitutionnel (38).

Mais il ne suffit pas de s'en tenir à cette affirmation générale. Il faut se demander « sous quels aspects, sous quels angles, l'Etat va former l'objet de notre étude » (39). Car l'Etat était déjà une composante de l'élément objectif de l'état de nécessité en droit international ; or le droit constitutionnel n'a pas le même objet. Il considère l'Etat non comme une entité simple, une personnalité juridique unique, mais comme un ensemble de rouages institutionnels organisés. L'objet du droit constitutionnel — le bien menacé — c'est au fond, sous le vocable unique d'Etat, la philosophie politique d'un pays et les institutions qui la mettent en pratique en vue de réaliser l'ordre et le bien-être au sein de la société.

Il ne nous appartient pas, à ce stade de l'étude, d'entrer dans le détail des différentes façons dont cet ensemble complexe peut se trouver gravement menacé ; cet examen relève du problème des conditions d'exercice de l'état de nécessité (40). En revanche, nous devons préciser avec soin la situation de la règle de droit constitutionnel face à la menace dirigée contre l'Etat. C'est à la fois indispensable — puisque l'élément objectif s'analyse dans une impuissance du droit à protéger le bien — et extrêmement délicat — car une bonne part des incertitudes doctrinales provient d'un manque de netteté sur cet aspect de l'élément objectif.

Le problème peut être présenté dans les termes suivants : la constitution (41) peut contenir — et contient souvent — des dispositions spécialement destinées à s'appliquer en cas de crise pour assurer la protection de l'Etat menacé. Peut-on dire, dès lors, que l'élément objectif n'existe pas tant qu'une de ces dispositions, quelle qu'elle soit, est appliquée ? Autrement dit, le droit constitutionnel ne connaît-il l'état de nécessité qu'à partir du moment où *aucune* disposition de la constitution ne permet de sauvegarder l'Etat ?

---

(38) Le Professeur Vedel débutait ainsi la section de son cours intitulée : « Objet du cours » par cette phrase : « Pour comprendre l'objet du cours de droit constitutionnel et d'institutions politiques, il faut partir de la notion d'Etat. » Cours 1960-1961, p. 4.

(39) *Ibidem*, p. 7.

(40) Ci-dessous, p. 249 et s.

(41) Que nous considérons ici au sens large comme intégrant l'ensemble des règles de droit constitutionnel.

Une partie de la doctrine répond par l'affirmative (42). Ce faisant, elle ne transpose pas fidèlement l'élément objectif dégagé des autres disciplines. L'inaptitude à protéger le bien concerne en effet la règle de droit normale, c'est-à-dire celle qui s'intègre au système juridique sans en détruire la cohérence. L'élément objectif de l'état de nécessité existera donc en droit constitutionnel dès qu'il sera impossible d'assurer la sauvegarde de l'Etat sans porter atteinte aux règles qui mettent en œuvre la philosophie politique reconnue par l'Etat. Il peut y avoir état de nécessité même quand s'appliquent certains remèdes prévus par la constitution pour les périodes de crise grave à partir du moment où ces remèdes ne sont pas en harmonie avec les principales exigences de l'idéal politique poursuivi par les autres dispositions constitutionnelles. Toutes les composantes de l'élément objectif de l'état de nécessité se trouvent en effet réunies dans ce cas.

2. — Il reste maintenant, pour disposer de l'ensemble des éléments de la définition recherchée, à déterminer l'élément subjectif en droit constitutionnel.

Ce sera relativement simple. L'angle sous lequel nous avons présenté l'Etat objet du droit constitutionnel a déjà mis en évidence l'existence d'organes de nombre et de structure variables qui ont reçu des compétences de décision, afin de poursuivre les objectifs que le droit assigne à l'Etat. L'élément objectif de l'état de nécessité implique un conflit entre le but à atteindre et les moyens affectés à la poursuite de ce but ; les organes de l'Etat — l'un d'entre eux au moins — se trouveront alors contraints de choisir entre manquer le but (et cela de façon souvent irrémédiable) en s'en tenant strictement aux moyens dont ils disposent, ou atteindre (au moins espérer atteindre) le but en ne respectant pas la réglementation relative aux moyens. Les deux voies sont effectivement ouvertes et rien, hormis l'appréciation de la situation à laquelle il se livre, n'impose à l'organe constitutionnel de choisir l'une plutôt que l'autre. Cette possibilité de choix existant au profit d'une personne qui dispose de certaines compétences dans l'exercice du pouvoir constitue l'élément subjectif.

Une formule condensée pourrait résumer la jonction de cet élément subjectif avec l'élément objectif : c'est au fond — à partir de la notion d'organe — l'Etat qui choisit de se sauver en passant outre, temporairement, à ses règles constitutionnelles normales.

Il ne faudrait pas cependant s'en tenir là ne serait-ce que parce que la formule ne se dissocie pas assez d'une définition de l'état de nécessité en droit international. Il convient de trouver une définition qui traduise mieux l'angle sous lequel le droit constitutionnel envisage l'Etat.

---

(42) Cf. la définition de R. Hoerni, interprétée par a contrario, et surtout la citation, extrêmement nette in fine, de C. Schmitt, ci-dessus p. 11.

B. — *La définition spécifique de l'état de nécessité en droit constitutionnel* (43).

Les règles de droit constitutionnel ont pour but de fixer les compétences des organes chargés d'exprimer la volonté de l'Etat. L'état de nécessité peut donc s'analyser en première approche comme la situation dans laquelle un organe constitutionnel ne peut sauver l'Etat qu'au prix d'un dépassement de ses compétences (44).

Mais la compétence d'un organe constitutionnel n'est que le canal par lequel il participe à l'exercice du pouvoir politique. Or la complexité croissante de l'Etat moderne a obligé à aménager l'exercice du pouvoir en en répartissant les compétences entre de nombreux organes ; elle n'a pas supprimé l'unité foncière de la souveraineté. L'organe qui dépasse sa compétence porte donc atteinte aux règles relatives à l'exercice du pouvoir ; ce faisant, il agit comme s'il en était le maître ; il s'élève au niveau d'un pouvoir souverain, c'est-à-dire d'un pouvoir total. La violation des règles de compétence équivaut de sa part à une concentration de pouvoirs à son profit.

Cette concentration peut aller aussi loin que l'exigent les circonstances. Car une certaine frontière franchie, celle de la compétence, il n'existe plus de solution de continuité entre les divers degrés de concentration des pouvoirs (45). L'expérience sociologique et politique prouve d'ailleurs que, en cas de menace grave contre l'État, le seul moyen d'opposer une riposte qui soit à la mesure du danger est de remettre l'essentiel du pouvoir aux mains d'un seul organe.

Il faut aller plus loin : la concentration du pouvoir doit se réaliser sur la seule décision de l'organe appelé à en bénéficier. Cette exigence — dont nous verrons ultérieurement le fondement pratique (46) — constitue la pierre angulaire de la définition et le critère le plus sûr de l'état de nécessité. Elle découle directement du contenu de l'élément subjectif dans les autres branches du droit. Celui-ci implique chez le sujet un pouvoir de libre appréciation et une faculté d'option. La part de subjectivité serait de toute évidence réduite à

---

(43) Il est très difficile de donner une véritable définition de l'état de nécessité en droit constitutionnel ; car l'état de nécessité s'analysant en termes de situation doit englober nombre d'éléments complexes. Aussi est-ce finalement un résumé de ses conditions d'exercice que l'on risque de donner. Il semble cependant possible de parvenir à une définition qui saisisse l'essence même de cette situation à travers ces conditions.

(44) Le terme de dépassement étant entendu ici dans son acception la plus large qui englobe aussi bien la forme relative à l'exercice des compétences que leur contenu.

(45) Nous ne prétendons pas par là que, juridiquement, un dépassement de compétence autorise tous les autres : ce serait manifestement absurde. Nous nous plaçons seulement à un point de vue purement descriptif ; l'analyse révèle une identité de situation au fond.

(46) Ci-dessous, p. 260.

néant si la concentration des pouvoirs ne résultait pas de la volonté de l'organe appelé à en bénéficier. En droit pénal, c'est l'auteur de l'acte incriminé qui décide de faire cet acte ; en droit international, c'est l'Etat lui-même qui a la volonté de violer le droit... En droit constitutionnel il revient tout naturellement au bénéficiaire de la concentration des pouvoirs de la décider lui-même.

La doctrine moderne ne semble pas avoir adopté ce point de vue. J. Lamarque, en particulier, a une conception beaucoup plus extensive de l'état de nécessité (47) ; il y inclut toutes les hypothèses où les règles constitutionnelles permettent d'opérer en cas de crise une certaine concentration des pouvoirs mais en vertu de la décision d'un autre organe (48) (49). Cette position a le mérite de réagir contre les tendances doctrinales antérieures qui réduisaient par trop la notion d'état de nécessité en la limitant aux hypothèses de concentration des pouvoirs non prévues par la constitution. Mais la réaction ne doit pas aller jusqu'à l'excès contraire.

Nous estimons que l'adaptation des éléments de définition empruntés aux autres disciplines juridiques conduit à une position intermédiaire (50), que l'on peut exprimer dans la définition suivante : « On entend par état de nécessité en droit constitutionnel des circonstances urgentes et imprévues qui rendent indispensable, pour la sauvegarde de l'Etat, la concentration des pouvoirs sur la seule décision de l'organe appelé à en bénéficier. »

---

(47) « La théorie de la nécessité et l'article 16 de la constitution de 1958 », article précité, à la R.D.P., 1961, p. 558.

(48) Dispositions que nous qualifierons de techniques de substitution. Ci-dessous, p. 80.

(49) C'est aussi la position de C. J. Friedrich (« La démocratie constitutionnelle », P.U.F., 1958, pp. 387 et s.).

(50) L'adoption de notre définition de l'état de nécessité a sur l'étendue de cette notion par rapport aux conceptions doctrinales anciennes une influence à vrai dire un peu complexe. Dans l'ensemble, elle opère un élargissement puisqu'elle inclut la concentration des pouvoirs prévue par la constitution.

Cependant, sur le plan théorique, elle peut dans certains cas conduire à une réduction. Nous estimons en effet que l'état de nécessité implique une véritable concentration des pouvoirs. Dès lors, la simple violation d'une disposition constitutionnelle n'est une hypothèse de nécessité qu'en tant qu'elle révèle une concentration des pouvoirs ; elle ne l'est pas naturellement en soi. Cela signifie qu'une violation de la constitution à laquelle un organe se livrerait avec la volonté de s'y limiter strictement ne constituerait pas un état de nécessité parce qu'elle ne serait pas pour son auteur l'amorce d'une concentration des pouvoirs éventuellement plus étendue.

Seulement, une telle restriction est à peu près totalement dépourvue de portée pratique. Car la différence entre violation de la constitution sans volonté de concentration des pouvoirs et violation de la constitution accompagnée d'une volonté de concentration des pouvoirs est au départ d'ordre purement psychologique. Il est très difficile de connaître avec certitude l'état d'esprit de l'auteur de l'acte irrégulier. Aussi devra-t-on présumer, sauf preuves évidentes du contraire, qu'on est en présence d'un état de nécessité quand un dépassement de compétence se produira alors que l'élément objectif est réalisé. Il est en effet pratiquement certain, en ce cas, que le salut de l'Etat exigera sous peu d'autres actes excédant la compétence de leur auteur.

Les hypothèses d'application de l'état de nécessité ainsi défini de façon stricte sont nécessairement moins nombreuses que l'orientation actuelle de la doctrine pourrait le laisser croire. Est-ce à dire qu'elles se réduisent au point d'enlever tout intérêt à leur étude ?

Certes non ; la rareté de cette institution — toute relative au demeurant — ne signifie pas que l'état de nécessité soit un phénomène trop particulier pour retenir l'attention ; elle ne lui confère pas davantage, par sa seule vertu, un prix élevé. Tout va dépendre, à cet égard, du point de savoir si l'état de nécessité est dû au fond à des phénomènes purement conjoncturels et éphémères, auquel cas il ne mériterait guère qu'on s'y attarde, ou à des causes structurelles et permanentes, auquel cas son étude demeure valable.

L'ensemble de notre travail sera une réponse à cette question. Néanmoins il est déjà possible d'en avoir une première idée, suffisante pour autoriser la poursuite des recherches, en examinant la place occupée par l'état de nécessité dans le droit constitutionnel.

Section II

LA PLACE OCCUPEE PAR L'ETAT DE NECESSITE EN DROIT CONSTITUTIONNEL

La place occupée par l'état de nécessité dans la plupart des disciplines juridiques est depuis longtemps fixée. Il n'en va pas de même en droit constitutionnel. L'état de nécessité s'y trouve dans une situation spéciale à deux points de vue.

Tout d'abord, le problème de l'état de nécessité s'est partout ailleurs posé très trôt ; en droit constitutionnel il est apparu très tard. Ceci amène à se demander s'il n'existerait pas en droit constitutionnel des conditions particulières à l'introduction de l'état de nécessité.

Ensuite, l'état de nécessité a été partout ailleurs très rapidement situé par rapport à l'ordre juridique ; en droit constitutionnel, un malaise a subsisté très longtemps à son égard. Ceci amène à se demander s'il n'existerait pas en droit constitutionnel une réticence particulière envers l'état de nécessité.

§ 1. — *L'introduction de l'état de nécessité en droit constitutionnel.*

L'ampleur et la fréquence des hypothèses de nécessité, conséquences de l'accroissement des situations de crise dans les Etats modernes, sont des phénomènes relativement récents. C'est seulement à partir du XIX^e^ siècle que le problème de l'état de nécessité commence à se poser. La comparaison avec ce qui s'est passé dans les autres

branches du droit fait apparaître cette date d'introduction comme vraiment tardive ; elle oblige à chercher l'explication de ce retard.

A. — *Le caractère tardif de l'introduction de l'état de nécessité en droit constitutionnel.*

Le problème de l'état de nécessité est pendant longtemps demeuré absent des controverses doctrinales et des préoccupations du droit constitutionnel positif (51). Une négligence systématique est impensable à propos d'une question aussi grave ; c'est le signe que les faits n'inclinaient ni à la réflexion théorique, ni à la prévision pratique sur ce point. Il s'agit donc d'un véritable retard, qui prend un relief particulier si on le confronte avec la généralité de l'idée de nécessité et avec l'ancienneté du droit constitutionnel.

L'état de nécessité apparaît en effet comme inhérent à tout ordre juridique ; il s'introduit dans les diverses disciplines juridiques à peu près dès le moment où existe un système de normes (52). Ceci est vrai d'abord des différentes branches du droit qui se rattachent à l'Etat, soit qu'elles aient l'Etat pour objet (cas du droit international), soit qu'elles prennent leur source dans l'Etat (cas du droit interne). Mais cette liaison s'étend aussi à des systèmes juridiques non rattachés à l'Etat ; nous pensons ici tout spécialement au droit canonique. L'état de nécessité y est une question très ancienne dont canonistes et théologiens ont longuement étudié les réponses (53).

Le problème déborde même le cas des règles purement juridiques. Le problème se pose ainsi dans d'autres domaines, en parti-

---

(51) Deux cas, cependant, paraissent aller directement à l'encontre de notre affirmation : celui de la France sous la Convention et celui de la République romaine avec sa célèbre institution de la « dictature » que les auteurs français citent inévitablement dans leurs commentaires de l'article 16 de la constitution de 1958 (cf. Vedel : *Cours de droit constitutionnel et d'institutions politiques*, 1960-1961, p. 885 ; Duverger : *Droit constitutionnel et institutions politiques*, coll. Thémis, 1960, p. 534 ; Lamarque, article précité, p. 560, avec, il est vrai, une remarque critique à cet égard, p. 595, note 65 bis).

Ces exemples n'ont pas en réalité valeur d'objection dirimante. L'exemple français de la Convention se rattache au XIX^e^ siècle, autant par l'esprit qui l'a animé que par la proximité dans le temps. Quant à la dictature romaine, ce n'est pas, contrairement à une croyance presque unanimement répandue, une application de l'état de nécessité : le bénéficiaire de la concentration des pouvoirs n'y recourt pas sur sa seule décision. Cf. Lamarque, note 65 bis précitée, et C. J. Friedrich « *la démocratie constitutionnelle* », pp. 389-390.

(52) Certes, il n'y a pas coïncidence absolue entre l'apparition des premières règles de droit et l'introduction de l'état de nécessité ; mais l'état de nécessité s'introduit dès que les règles de droit deviennent suffisamment nombreuses et coordonnées pour former un ensemble cohérent que nous appelons système.

(53) Cela se comprend si l'on songe que le droit canon a été d'une part l'un des premiers systèmes codifiés, et d'autre part l'un des domaines où la subjectivité s'est très vite manifestée (encore que l'état de nécessité n'y revête pas qu'un aspect purement subjectif. Cf. par exemple toutes les dispositions relatives à l'administration des sacrements à une personne en danger de mort).

culier en morale, dans des termes très voisins. Et la morale elle-même s'appuie pour l'étudier sur les données et principes fondamentaux des croyances philosophiques (54). L'état de nécessité est donc un phénomène très général, qui se rencontre toutes les fois qu'on pénètre dans le domaine d'un devoir-être cohérent.

Or le droit constitutionnel considéré comme ensemble normatif existe depuis longtemps. Il ne le cède en rien par l'ancienneté à la plupart des autres branches du droit. Il a très vite présenté l'intégralité des caractères d'un système juridique rattaché à l'Etat ; son existence est aussi ancienne que l'Etat lui-même.

L'Etat tel que le conçoit la doctrine moderne est, sans doute, une création relativement récente ; les internationalistes, entre autres, font remonter sa naissance au XVI^e siècle (55). On pourrait alors penser que le droit constitutionnel n'a pas pu se former très tôt à cause de la lenteur du développement de la notion d'Etat, et que l'introduction de l'état de nécessité n'y est pas véritablement tardive.

Il n'en est rien : un véritable droit constitutionnel a existé avant la naissance de l'Etat moderne. Car le droit constitutionnel est lié bien davantage à la notion de pouvoir politique qu'à celle d'Etat. L'exercice du pouvoir politique ne se conçoit plus guère aujourd'hui en dehors du cadre étatique et c'est pourquoi l'Etat est pratiquement devenu le seul objet du droit constitutionnel. Mais il n'en a pas toujours été ainsi. En fait une société est régie par des règles de nature constitutionnelle dès qu'elle a atteint une certaine importance et un certain degré d'autonomie et qu'elle est obligée de s'organiser pour survivre en prenant des décisions politiques. Des sociétés de ce type se rencontrent depuis des temps immémoriaux, et on les qualifie couramment d'Etats, au sens large du terme.

Le droit constitutionnel a donc un très long passé derrière lui, ce qui contraste évidemment avec l'état de nécessité. Quelles sont donc les raisons de ce décalage ?

B. — *L'explication de l'introduction tardive de l'état de nécessité en droit constitutionnel.*

L'état de nécessité nous est apparu lié à l'existence d'un système normatif parce que ce système n'est généralement pas adapté aux situations de crise. Mais il ne s'agit pas là d'une liaison automatique ;

---

(54) Cf. J. Laporte : *L'idée de nécessité*, précité.

(55) Rousseau : *Droit international public*, p. 12. Sibert : *Traité de droit international public*, t. 1, pp. 45 et s. G. Scelle : *Manuel de droit international public*, pp. 24 et s. Reuter : *Institutions internationales*, coll. Thémis, pp. 41 et s. Colliard : *Institutions internationales*, Dalloz, pp. 19 et 20.

elle disparaît si le droit positif permet de faire face même aux menaces les plus graves dirigées contre le bien qu'il tend à protéger (56).

Or le droit constitutionnel s'est pendant longtemps trouvé en mesure d'assurer toujours par lui-même la sauvegarde de l'Etat. Il en a été ainsi tant que les Etats ont vécu sous des régimes de pouvoir absolu. Il n'y avait aucun besoin de recourir à l'état de nécessité puisque les modalités de l'organisation constitutionnelle normale réalisaient déjà d'elles-mêmes la concentration des pouvoirs indispensable au salut de l'Etat.

Le problème ne commence à se poser qu'avec l'apparition de l'Etat constitutionnel (57), qui ne remonte guère au-delà des premières années du XIX^e^ siècle (58). L'Etat constitutionnel se caractérise par l'introduction d'un certain formalisme dans l'exercice du pouvoir afin d'en limiter le caractère absolu. C'est la situation type des monarchies constitutionnelles à la fin du XVIII^e^ siècle et au cours du XIX^e^ siècle : un monarque absolu, sous la pression des forces libérales, aménage l'exercice de son pouvoir de façon à substituer un gouvernement légal au gouvernement arbitraire ; il confie une partie de l'exercice des fonctions étatiques à des organes plus ou moins représentatifs de la nation, qu'il dote d'une certaine autonomie à son égard. Une sorte de déconcentration du pouvoir est ainsi opérée conformément à des règles de valeur juridique supérieure.

Le droit constitutionnel connaît dès lors pour la première fois la complexité des normes, il commence à ne plus être si bien adapté aux situations de crise ; l'ordre constitutionnel normal n'assure plus la concentration du pouvoir. Celle-ci devra être réalisée en cas de crise par le recours à l'état de nécessité.

Le problème, cependant, demeure relativement simple. Le pouvoir absolu reste assez proche — dans le temps et dans les esprits. L'im-

---

(56) De telles situations sont rares parce que la règle de droit doit tendre à normaliser les rapports sociaux et qu'elle est donc naturellement inadaptée aux circonstances de crise. Une adaptation éventuelle est généralement signe que la règle fait passer l'efficacité extérieure avant la discipline interne des sujets de droit, et qu'elle est donc idéalement contestable. Le progrès du droit consiste à faire disparaître cette adaptation, le prix de ce progrès étant alors l'introduction de l'état de nécessité.

(57) Nous employons l'expression Etat constitutionnel non dans le sens très général d'Etat vivant sous l'empire de règles constitutionnelles (ce qui recouvrirait l'ensemble des régimes), mais dans le sens spécial que lui donne la doctrine constitutionnelle à la suite de B. Constant et des constitutionnalistes. L'expression est pratiquement synonyme de monarchie constitutionnelle, avec cette réserve (qui nous a fait éviter d'employer cette dernière expression) que l'idée de monarchie n'y est pas nécessairement incluse : il peut s'agir d'une dictature qui a évolué.

(58) Il ne s'agissait auparavant que d'une amorce d'évolution en ce sens, très localisée au surplus (en Grande-Bretagne et aux Etats-Unis, pratiquement). Seule peut-être la République romaine constituait une expérience sans doute authentique d'Etat constitutionnel. Et précisément, il est intéressant d'y relever la présence d'une institution (la dictature) qui, sans constituer une application de l'état de nécessité, tendait tout de même à résoudre le même problème.

mense masse vit encore avec l'idée — peut-être juridiquement exacte — que le monarque est toujours souverain. La concentration des pouvoirs apparaît alors comme l'œuvre d'un organe compétent pour l'effectuer, ce qui atténue les répercussions du recours à l'état de nécessité dans l'opinion (59), et par voie de conséquence dissimule quelque peu l'existence d'un problème à cet égard.

L'avènement de la démocratie opère un changement profond de la situation. Il précipite — et accentue — l'évolution amorcée par l'apparition de l'Etat constitutionnel. Il amène la question de l'état de nécessité à se poser bien plus ouvertement. Le problème prend son maximum d'acuité dans l'Etat démocratique.

La raison en est que la complexité des normes s'y trouve, elle aussi, portée à son maximum. La reconnaissance de la souveraineté du peuple confère en effet à la limitation du pouvoir le caractère d'une garantie du respect de cette souveraineté. L'organisation constitutionnelle passe de la déconcentration du pouvoir à la séparation des pouvoirs. Chacun des organes constitutionnels agissant au nom du peuple tire directement de lui ses compétences et son autonomie vis-à-vis des autres organes ; il devient en même temps responsable vis-à-vis du peuple de la façon dont il exerce ses compétences (60). Des mécanismes institutionnels sont instaurés pour maintenir une certaine rigidité à cette séparation des pouvoirs.

Les impératifs du salut public dans les cas les plus critiques demeurent pourtant les mêmes : seule la remise du pouvoir de décision afférent aux secteurs essentiels de l'activité étatique entre les mains d'un organe unique permet de sauver l'Etat. Le système constitutionnel de l'Etat démocratique est très éloigné d'une telle concentration du pouvoir ; il reviendra à l'état de nécessité de la réaliser, au prix d'un bouleversement de l'ensemble des règles constitutionnelles démocratiques.

C'est donc à la faveur des progrès de la démocratie que l'état de nécessité s'est introduit dans le droit constitutionnel (61). Il est apparu avec l'Etat constitutionnel, étape de transition entre un pouvoir absolu et un régime pleinement démocratique (62) ; il s'est développé avec la réalisation de l'Etat démocratique. Le caractère tardif de son introduction n'est que le reflet de la lenteur de l'instauration de la démocratie.

---

(59) A l'exception d'une fraction, celle qui constitue l'élite libérale (encore que le plus illustre des théoriciens du libéralisme, Montesquieu, ait écrit : « Il est des cas où il faut mettre pour un moment un voile sur la liberté, comme l'on cache les statues des dieux »). Mais leurs idées se trouvaient en avance sur les conceptions de leur époque.

(60) Lafferrière : *Manuel de droit constitutionnel*, pp. 63-66.

(61) La doctrine démocratique a très souvent précédé les faits ; aussi ne s'étonnera-t-on pas de voir le problème de l'état de nécessité posé dès le XVIII[e] siècle par le représentant le plus illustre de cette doctrine : Rousseau (ci-dessous, p. 178).

(62) Cf. Burdeau : *Traité de science politique*, t. V, n° 14 à 17.

Cette corrélation entre l'introduction de l'état de nécessité et la naissance de l'Etat démocratique explique que nous concevions une étude de l'état de nécessité en droit constitutionnel sous le seul angle de ses rapports avec la démocratie. Cette orientation paraissait déjà largement commandée par le fait que, de nos jours, la théorie démocratique soit la solution adoptée par la presque totalité des Etats au problème de la source du pouvoir (63). Elle se trouve désormais entièrement justifiée par le fait que le cadre choisi pour notre étude soit finalement le seul possible.

L'introduction de l'état de nécessité dans le droit constitutionnel, pour tardive qu'elle soit, remonte cependant à un siècle au moins. Ce délai a suffi largement à bien des institutions pour être acceptées par le droit constitutionnel ; il n'a pas suffi à l'état de nécessité qui a été dès le début en butte à une très forte suspicion (64). Il nous faut maintenant en découvrir la raison.

§ 2. — *La réticence du droit constitutionnel envers l'état de nécessité.*

La réticence du droit constitutionnel envers l'état de nécessité est encore une caractéristique marquant l'originalité de ce droit par rapport aux autres disciplines juridiques. Le problème de l'état de nécessité a en effet reçu une solution dans presque tous les autres domaines à peu près dès le moment où il s'est posé. Le léger retard qui a pu se produire en droit pénal ou en droit civil provient seulement du délai que demande inévitablement la recherche d'une solution ; il ne révèle pas une hostilité comparable par sa violence et sa généralité à celle que le droit constitutionnel a manifestée envers l'état de nécessité.

Le droit international fait cependant exception ; l'état de nécessité y a toujours soulevé une réprobation quasi-unanime (65) et ne s'y est jamais intégré (66). Cette situation provient de deux raisons. Le droit international est réticent envers l'état de nécessité d'une part

---

(63) Sur le plan théorique, tout au moins, car sur le plan pratique, le triomphe de la démocratie est loin d'être complet...

(64) Lorsque nous parlons d'introduction de l'état de nécessité en droit constitutionnel, nous voulons dire que la notion d'état de nécessité apparaît en ce domaine et que le problème s'y pose. Cela ne signifie pas que le droit constitutionnel donne une solution au problème, notamment en admettant au rang de règle de droit positif la possibilité pour un organe constitutionnel de concentrer tous les pouvoirs à son profit sur sa seule décision. C'est une question distincte de celle de l'introduction de l'état de nécessité.

(65) Dont l'expression la plus virulente se trouve sous la plume de P. de Visscher lorsqu'il s'oppose aux juristes allemands qui visaient à justifier une politique nationale sous le couvert de l'état de nécessité. Cf. l'article précité à la R.G.D.I.P., 1917.

(66) A l'exception de l'une de ses applications particulières, la légitime défense, érigée au rang de règle de portée générale par la Charte des Nations-Unies.

parce qu'il est un droit imparfait, d'autre part parce que l'état de nécessité y a donné lieu à un exercice trop souvent abusif.

Ce sont les deux mêmes causes qui expliquent l'hostilité du droit constitutionnel envers l'état de nécessité : le caractère imparfait du droit constitutionnel et le caractère réactionnaire des premières utilisations de l'état de nécessité.

A. — *Le caractère imparfait du droit constitutionnel.*

Les internationalistes avancent des preuves diverses à l'appui de l'imperfection de leur discipline (67) ; mais toutes sont en réalité le reflet d'une cause fondamentale unique, où réside l'essence de l'imperfection du droit international : l'absence d'une volonté souveraine qui puisse trancher en dernier ressort et imposer le respect de ses décisions.

Le droit constitutionnel s'est trouvé dans une situation identique au moment précis où le problème de l'état de nécessité commençait à se poser (68). L'apparition de l'Etat constitutionnel va en effet faire du droit constitutionnel un droit provisoirement imparfait.

Cette affirmation peut a priori surprendre. L'Etat constitutionnel marque un progrès par rapport à la monarchie absolue sur le plan de la philosophie politique (avec la réduction de l'arbitraire et la reconnaissance des droits de l'individu comme limites au pouvoir) et sur le plan de la technique juridique (avec la substitution des constitutions écrites précises aux anciennes règles coutumières incertaines). C'est vraiment la naissance du droit constitutionnel moderne.

Mais cette évolution bénéfique a pour contrepartie une imperfection temporaire du droit constitutionnel, dont les bases deviennent ambigües. Il reste un système normatif, mais il ne repose plus sur une volonté suprême incontestée. La souveraineté s'y trouve politiquement partagée en dépit du fait qu'elle appartienne juridiquement (sous peine de non-sens) à un titulaire unique (69). L'autorité et la sécurité des décisions politiques s'en trouvent considérablement affaiblies. D'une part, le monarque qui demeure juridiquement souverain n'a plus une autorité politique entière ; d'autre part, la fraction du peuple qui tend politiquement à absorber la souveraineté n'a pas encore d'autorité juridique absolue. Il n'y a donc plus dans l'Etat

---

(67) Absence de système juridictionnel général, de législateur superétatique, d'exécutif efficace...

(68) La conjonction de ces deux faits n'est pas purement fortuite, puisqu'ils sont la conséquence d'une même évolution.

(69) Ce sera généralement le monarque. Parfois l'ambiguité politique se traduira sur le plan juridique par l'octroi de la souveraineté à une entité fictive : c'est le système de la Souveraineté Nationale. La Nation est titulaire d'une souveraineté qui n'appartient plus au monarque et qui n'appartient pas encore au peuple.

d'organe susceptible de trancher en dernier ressort par une décision qui s'impose à tous ; cette situation est précisément le propre d'un droit imparfait.

Elle est en même temps à l'origine des réticences du droit constitutionnel envers l'état de nécessité. Car, nous le verrons, le droit constitutionnel ne saurait admettre la possibilité pour un organe de concentrer tous les pouvoirs entre ses mains sur sa seule décision sans qu'existe en contrepartie un contrôle extrêmement serré qui puisse garantir contre les abus. Ce contrôle n'atteindra son but que s'il est confié à un organe doté d'une très grande autorité. Cet organe est introuvable dans l'Etat constitutionnel. Le contrôle y appartiendrait juridiquement au monarque, ce qui est politiquement impensable car on ne peut être à la fois juge et partie (70) ; il appartiendrait politiquement aux représentants du peuple, ce qui est juridiquement impossible car ils n'ont pas encore de pouvoir propre.

Les libéraux, sensibles à l'imperfection du droit constitutionnel et à l'impossibilité corrélative d'un contrôle qui politiquement aurait dû leur appartenir et qui juridiquement leur était refusé, ont réagi par une hostilité envers l'état de nécessité. Leur attitude ne s'appuyait d'ailleurs pas exclusivement sur ces considérations théoriques ; elle s'inspirait également de l'expérience : les premières utilisations de l'état de nécessité tendaient en effet à faire apparaître cette institution comme réactionnaire.

B. — *Le caractère réactionnaire des premières utilisations de l'état de nécessité.*

Les monarques constitutionnels ont souvent déformé l'esprit de l'état de nécessité, conformément à la logique qui avait présidé à l'octroi des premières constitutions. Ils ont vu dans sa consécration constitutionnelle davantage une « clause de sauvegarde de leur absolutisme » (71) qu'une disposition destinée à permettre à l'Etat de survivre en cas de crise très grave. L'utilisation qu'ils en ont faite (ou qu'ils ont tenté d'en faire) même au cas de mutisme des textes (72) révèle qu'ils le concevaient comme un subterfuge leur permettant de reprendre à volonté des pouvoirs dont ils avaient dû céder l'exercice à d'autres organes.

Remarquons d'abord que les Etats qui inscrivent l'état de néces-

(70) La concentration des pouvoirs se fait en effet au profit du monarque ou d'un gouvernement qui tire de lui l'essentiel de son autorité. Ce sont les seuls organes qui puissent assurer la sauvegarde de l'Etat à ce stade de l'évolution.

(71) L'expression est de J. Lamarque qui a parfaitement analysé la situation et auquel nous empruntons une bonne part des idées de ce sous-paragraphe. (R.D.P. 1961, article précité, pp. 577-579).

(72) Mutisme qui, la plupart du temps, était l'expression des réticences libérales.

sité dans leur constitution sont souvent des Etats où le monarque est très fort, donc des Etats assez en arrière sur la voie de l'avènement de la démocratie. Deux exemples sont particulièrement frappants à cet égard, d'autant plus qu'ils sont chronologiquement distants de près d'un siècle, preuve de la permanence du phénomène.

Le premier est celui des Etats de l'Europe centrale et germanique. L'état de nécessité n'était pas explicitement prévu dans la constitution de l'Empire allemand (73), mais il l'était dans la constitution autrichienne du 21 décembre 1867 (art. 14), dans la constitution bulgare du 28 avril 1879 (art. 47 et 48), dans la constitution monténégrine du 6 décembre 1906 (art. 75), et dans la loi constitutionnelle russe du 27 avril (10 mai) 1906 (art. 87). Les Etats germaniques ou slaves ne sont pas naturellement inaptes à la démocratie, mais les régimes autoritaires y ont été enracinés plus longtemps qu'ailleurs et les constitutions que nous venons de citer faisaient encore une place considérable aux conséquences du principe monarchique.

Les constitutions du Proche et du Moyen-Orient (dont on peut rapprocher la constitution marocaine de 1963) ont aussi consacré, beaucoup plus récemment, l'état de nécessité (74). Les Etats qu'elles régissent sont encore fort peu avancés au regard de la réalisation de l'idéal démocratique. Les monarques ont très probablement voulu se réserver la possibilité de reprendre la direction totale du pouvoir quand l'orientation de la politique suivie par les organes représentatifs leur déplairait par trop.

En France même, les seuls textes qui aient constitutionnalisé l'état de nécessité avant 1958 faisaient partie de constitutions de type autoritaire sinon monarchique. Il s'agit tout d'abord de l'article 92 de la constitution de l'an VIII qui édictait :

> « Dans le cas de révolte à main armée, ou de troubles qui menacent la sûreté de l'Etat, la loi peut suspendre, dans les lieux et pour le temps qu'elle détermine, l'empire de la constitution. — Cette suspension peut être provisoirement déclarée dans les mêmes cas par un arrêté du Gouvernement, le Corps législatif étant en vacance, pourvu que ce Corps soit convoqué au plus court terme par un article du même arrêté. »

Il s'agit ensuite de l'article 1 § 2 de l'Acte Constitutionnel du 11 juillet 1940 fixant les pouvoirs du Chef de l'Etat français :

> « Il (le Chef de l'Etat) exerce le pouvoir législatif en Conseil des Ministres :
>
> 1° Jusqu'à la formation de nouvelles assemblées ;
>
> 2° Après cette formation, en cas de tension extérieure ou de

---

(73) Encore qu'il soit à peu près unanimement admis par les auteurs que l'état de nécessité y allait de soi. Cf. Barthélémy et Duez : *Traité de droit constitutionnel*, p. 244.

(74) Cf. sur ce point Lamarque, précité, pp. 587-588.

crise intérieure grave, sur sa seule décision et dans les mêmes formes.

Dans les mêmes circonstances, il peut édicter toutes dispositions d'ordre budgétaire et fiscal... »

Les premiers cas où l'état de nécessité a été invoqué en marge de tout texte contribuent également à montrer cette institution sous un jour réactionnaire.

Les tentatives d'interprétation de la Charte de 1814 étaient l'œuvre de Charles X qui n'était pas précisément un monarque aux idées avancées... Or nous extrayons du rapport justificatif de l'ordonnance de 1830 réformant les élections le passage suivant :

« Nous ne sommes plus dans les conditions ordinaires du Gouvernement représentatif... Une démocratie turbulente qui a pénétré jusque dans nos lois tend à se substituer au pouvoir légitime... Elle a paralysé autant qu'il dépendait d'elle l'exercice régulier de la plus essentielle prérogative de la Couronne, celle de dissoudre la Chambre élective. Par cela même, la Constitution de l'Etat est ébranlée : Votre Majesté seule conserve la force de la rasseoir et de la raffermir sur ses bases. Le droit, comme le désir d'en assurer le maintien, est l'attribut essentiel de la souveraineté. Nul Gouvernement sur terre ne resterait debout s'il n'avait le droit de pourvoir à sa sûreté. Ce pouvoir est préexistant aux lois, parce qu'il est dans la nature des choses. Ce sont là des maximes qui ont pour elles et la sanction du temps et l'aveu de tous les publicistes d'Europe. Mais ces maximes ont une autre sanction plus positive encore, celle de la Charte elle-même. L'article 14 a investi Votre Majesté d'un pouvoir suffisant non sans doute pour changer nos institutions, mais pour les consolider et les rendre plus immuables. Le moment est venu de recourir à des mesures qui rentrent dans l'esprit de la Charte, mais qui sont en dehors de l'ordre légal, dont les ressources ont été inutilement épuisées... » (75).

En Angleterre, la Prérogative (sur laquelle, nous le verrons, s'appuie le droit de nécessité (76) avait, beaucoup plus anciennement, fait l'objet d'utilisations analogues : du XVI^e^ au XVIII^e^ siècle, la pratique des Proclamations se maintint malgré son caractère irrégulier (77). Là aussi les libéraux protestèrent et conservèrent une prévention tenace envers l'état de nécessité.

La rédaction même des premiers textes qui consacraient l'état de nécessité ne pouvait manquer d'accroître ces réticences. Les modalités

---

(75) Cité par Lafferrière : *Manuel de droit constitutionnel*, p. 184, note 1, avec ce bref commentaire : « C'était, contre la légalité, invoquer le droit de nécessité ».

(76) Ci-dessous, p. 46.

(77) Anson : *Lois et pratique constitutionnelles de l'Angleterre*, tome I, pp. 365 et s.

prévues pour l'exercice de l'état de nécessité accentuaient bien souvent son caractère réactionnaire. Cela transparaît si on les replace dans le contexte formé par l'ensemble des autres règles constitutionnelles. Citons-en quelques-unes à titre d'exemple.

L'état de nécessité était prévu à l'origine pour s'appliquer seulement dans l'intervalle des sessions parlementaires, et le contrôle de la concentration des pouvoirs réalisée au profit du monarque ou de ses ministres était reporté à la session suivante. Or l'intervalle des sessions était très long, les Chambres ne siégeaient que quelques semaines par an ; l'état de nécessité jouait donc souvent et durablement, d'autant plus que le monarque profitait parfois de la concentration des pouvoirs pour s'abstenir de convoquer le Parlement, même en session régulière (78).

L'irresponsabilité du titulaire des pleins pouvoirs constitue elle aussi une modalité réactionnaire de l'exercice de l'état de nécessité. Or, cette irresponsabilité était de règle pour le monarque ; et le contreseing ministériel a quelque chose d'illusoire dans un régime où le monarque est encore très puissant : les ministres dépendent beaucoup plus de lui que des Chambres et n'ont pas encore de pouvoir réel, ils contresigneront à coup sûr sans que leur responsabilité puisse être ensuite facilement mise en jeu (79).

Enfin la valeur juridique des mesures de nécessité était souvent telle que le pouvoir de les édicter restaurait le monarque dans ses prérogatives antérieures. Il en fut ainsi au Danemark où, aux termes d'un arrêt de la Cour suprême, la loi provisoire de nécessité restait en vigueur si le Parlement n'avait pas pris de décision, et où, par conséquent, l'usage de l'obstruction au Folketing, qui aurait constitué autrement un moyen de défense très efficace, devenait diamétralement contraire au but poursuivi (80). Il en fut ainsi en Russie où le seul moyen de faire tomber un oukase extraordinaire était pratiquement de l'abroger par une loi ordinaire soumise au veto impérial (81). Une

---

(78) Le Reichrat autrichien, mis en vacance en 1914, ne fut réuni qu'en 1917 ; dans l'intervalle, l'Empereur gouverna à coup d'ordonnances fondées sur l'article 14 de la loi constitutionnelle de 1867 qui constitutionnalisait l'état de nécessité (Dareste : *Les constitutions modernes*, 3e éd., t. 1, p. 437).

La même situation s'était produite en Russie pendant les interdoumies de 1907 à 1911, en violation de l'esprit de la constitution. Cf. P. Chasles : *La crise constitutionnelle de mars* 1911 *et les oukases extraordinaires en Russie*, R.D.P., 1912, p. 5.

(79) Les ministres russes ont été jusqu'à prétendre que les Chambres n'avaient pas le droit d'interpellation à leur égard à propos des mesures extraordinaires (en l'espèce oukase du 27 mars 1911). Cf. Chasles précité. Cette attitude rappelle singulièrement... celle du Président de la République française (ci-dessous, p. 357).

(80) La constitution semblait pourtant impliquer la solution contraire. C'est son interprétation qu'il faut ici incriminer. Cf. Dareste : *Les constitutions modernes*, 4e éd., p. 401.

(81) Il était théoriquement possible aux Chambres de rejeter le projet qui devait leur être soumis. Mais mises devant le fait accompli cela leur était impossible dans la conjoncture de l'époque. Cf. l'article de Chasles précité.

étude détaillée des constitutions monténégrine du 6 décembre 1906, japonaise du 11 février 1889 ou bulgare du 28 avril 1879 permettrait de découvrir des anomalies du même ordre...

Les libéraux avaient donc de sérieuses raisons de craindre que l'intégration de l'état de nécessité au droit constitutionnel ne finit par ruiner toutes les conquêtes laborieusement acquises (82). Les premières applications de l'état de nécessité l'orientaient vraiment par trop à contre-courant de l'évolution, à la faveur de l'imperfection du droit constitutionnel.

Mais justement l'Etat constitutionnel n'a été qu'une étape. L'évolution ultérieure n'aurait-elle pas dû atténuer alors les réticences et entraîner une modification de la place occupée par l'état de nécessité en droit constitutionnel ?

*
**

Cette question recouvre en réalité l'ensemble du problème des rapports entre l'état de nécessité et la démocratie. Quelle va être l'influence de l'avènement de la démocratie sur les réticences du droit constitutionnel envers l'état de nécessité ?

Le caractère imparfait du droit constitutionnel s'atténue au fur et à mesure que l'évolution politique rapproche l'Etat de la réalisation de l'idéal démocratique puisque s'affermit peu à peu un titulaire incontesté de la souveraineté. Il semble donc que le droit constitutionnel soit prêt à faire une place à l'état de nécessité. Mais la reconnaissance de la souveraineté populaire ne va pas sans soulever de nouvelles difficultés à cet égard. Dans quelle mesure, alors, les faits devant lesquels toute doctrine doit finalement s'incliner contraignent-ils l'Etat démocratique à recevoir l'état de nécessité ? La réponse à cette question fera l'objet de la première partie de notre étude.

Le caractère réactionnaire des premières applications de l'état de nécessité ne doit cependant pas être perdu de vue ; il montre l'existence d'une déviation dont le risque guette perpétuellement l'état de nécessité. Il faut donc s'attacher à l'éviter en prenant toutes les précautions pour garantir que le recours à l'état de nécessité entraîne un recul de la démocratie aussi limité et provisoire que possible. La seconde partie de notre étude sera consacrée à la recherche de ces garanties.

Nous examinerons donc successivement :

Première partie : La réception de l'état de nécessité en démocratie.

Deuxième partie : Les conditions d'exercice de l'état de nécessité en démocratie.

---

(82) L'exemple du droit international montre qu'ils n'avaient pas tort de se méfier : l'admission de l'état de nécessité, même réduit à la légitime défense, est une menace permanente contre l'ordre juridique international, à tel point que l'on peut se demander si la Charte des Nations-Unies ne périra pas par le biais de l'article 51...

PREMIERE PARTIE

LA RECEPTION DE L'ETAT DE NECESSITE EN DEMOCRATIE

L'avènement de la démocratie ne marque pas un achèvement dans l'histoire constitutionnelle d'un pays. Les institutions démocratiques ont connu depuis leurs premières applications une évolution dont l'ampleur rappelle celle que représentait le passage de l'Etat constitutionnel à l'Etat démocratique. Beaucoup d'institutions jugées il y a cent cinquante ans incompatibles avec la démocratie sont aujourd'hui tolérées ou mieux, considérées comme une véritable exigence du fonctionnement correct de la démocratie.

Qui eût cru, en 1793, que la démocratie, loin de postuler la faiblesse et la division de l'exécutif, réclamait un gouvernement puissant et centralisé ? Tous les Etats ont pourtant dû reconnaître la nécessité d'un exécutif fort et admettre que la démocratie pouvait s'en accommoder à condition qu'il soit contrôlé. Les hommes de la Révolution française auraient crié au blasphème si on leur avait dit que le bon fonctionnement de la démocratie exigerait un jour l'abandon du monopole parlementaire en matière législative. Les impératifs de l'Etat moderne ont pourtant contraint à l'adoption de techniques qui aboutissent à un dessaisissement partiel des Chambres (1). Et ce ne sont là que des exemples parmi toutes les adaptations réalisées sous la pression des faits, et qui assurent finalement le respect des principes fondamentaux de la démocratie mieux que les préjugés périmés des théoriciens...

L'état de nécessité n'a-t-il pas, dès lors, bénéficié d'une évolution analogue ? Le droit constitutionnel qui l'avait tout d'abord exclu n'a-t-il pas révisé son attitude pour tolérer l'état de nécessité, voire l'accepter franchement comme il l'a fait d'autres institutions ?

Il n'en est rien. Les réticences du droit constitutionnel envers

---

(1) Que ce soit sur le plan de l'initiative des lois (prédominance de fait ou de droit des projets gouvernementaux), sur celui de leur vote (remise de certains pouvoirs de décision aux commissions) ou sur celui de leur contenu (restriction aux principes généraux et développement du pouvoir règlementaire).

l'état de nécessité se sont maintenues à peu près inchangées. La tradition démocratique est demeurée hostile à toute réception de l'état de nécessité ; elle a continuellement tenté de faire plier les faits devant la doctrine.

Mais l'histoire des Etats démocratiques a montré que la sauvegarde de l'Etat démocratique exigeait le recours à l'état de nécessité et que c'était bien plutôt la doctrine qui, finalement, devait s'incliner devant les faits.

La réception de l'état de nécessité en démocratie est le résultat d'une lutte entre ces deux forces. Il nous faut donc analyser successivement l'hostilité de la tradition démocratique à toute réception de l'état de nécessité et le caractère inéluctable du recours à l'état de nécessité en démocratie.

Titre I

L'HOSTILITE DE LA TRADITION DEMOCRATIQUE A TOUTE RECEPTION DE L'ETAT DE NECESSITE

L'hostilité manifestée par les premiers représentants de la doctrine démocratique envers certaines institutions avait souvent sa source dans le souvenir des luttes passées ou dans la survivance de préjugés non fondés en raison. Elle était rarement justifiée par la conjoncture politique du moment présent ou par des principes découlant logiquement de la théorie démocratique. L'oubli qu'apporte inévitablement l'écoulement du temps, un effort de réflexion théorique rigoureux, pouvaient dès lors contribuer à faire disparaître peu à peu cette hostilité.

Une telle disparition était d'autant plus aisée que la nature de beaucoup de ces institutions en autorisait l'introduction progressive dans l'Etat démocratique. Les démocrates ont pu s'habituer peu à peu à les recevoir en constatant, grâce à des expériences partielles, qu'ils ne portaient pas atteinte aux principes fondamentaux de la démocratie (1).

Il n'en a pas été de même pour l'état de nécessité ; la tradition démocratique est toujours demeurée hostile à sa réception. Cela laisse supposer que cette hostilité était fondée sur autre chose que des souvenirs ou des préjugés, et qu'il n'a pas été possible, par suite, de l'introduire par étapes. La recherche des causes et des conséquences de l'hostilité va permettre de confirmer cette supposition.

---

(1) Pour reprendre les exemples cités plus haut, il a été possible d'attribuer peu à peu de nouvelles compétences à l'exécutif, et de simplifier par étapes les règles de la procédure législative.

Chapitre Premier

LES CAUSES DE L'HOSTILITE

Le régime aristocratique s'est établi dans la Cité grecque bien avant que Platon ne vienne justifier le gouvernement des Sages et la Monarchie française a étendu son pouvoir absolu avant que Bodin n'ait démontré la supériorité du gouvernement d'un seul. La pratique a précédé la théorie, dans ces deux cas comme dans bien d'autres.

La démocratie a plutôt suivi le chemin inverse. Ses principes sont nés d'abord dans l'esprit des philosophes politiques, d'un processus à peu près exclusivement déductif ; puis, forts d'une justification logique ils se sont répandus dans l'opinion en ralliant une élite ouverte aux idées nouvelles avant de gagner les masses (1). La théorie démocratique, dont la force explosive provenait justement de ce qu'elle se refusait à demeurer au stade de l'utopie, s'est ainsi enrichie de tous les enseignements de l'expérience en descendant au plan de la réalisation effective. La démocratie est aujourd'hui à la fois une doctrine et une pratique ; ces deux éléments sont désormais indissociables. Une institution qui porte atteinte à l'un ou à l'autre a peu de chance d'être reçue en démocratie.

Or l'état de nécessité se trouve dans une situation particulièrement défavorable à cet égard. Il se heurte à la fois aux enseignements de la théorie et aux leçons de la pratique. La tradition démocratique lui reproche son incompatibilité avec la logique démocratique et les dangers qu'il fait courir à l'avenir de la démocratie. Ces deux griefs ont longtemps fait obstacle à sa réception.

---

(1) On pourrait objecter à cette analyse que la démocratie a été pratiquée dans la cité grecque alors que la théorie démocratique n'est véritablement apparue qu'au XVI[e] siècle. A la vérité, la « démocratie » des cités grecques se rapprochait bien davantage d'une aristocratie : tous les citoyens avaient certes le droit de participer au gouvernement de la Cité, mais une bien faible fraction de la population avait le titre de citoyen (exclusion des esclaves et des métèques à Athènes, par exemple). Cf. Lafferrière : *Manuel de droit constitutionnel*, p. 386 et J. Ellul : *Histoire des institutions*, coll. Thémis, t. 1, pp. 107-108.

Section I

LE RECOURS A L'ETAT DE NECESSITE EST INCOMPATIBLE AVEC LA LOGIQUE DEMOCRATIQUE

La démocratie, tout en reposant sur un postulat philosophique, est une doctrine logique (2). Les institutions qui régissent la société démocratique proviennent de sources matérielles diverses : les unes se présentent comme le corollaire intellectuellement indispensable du principe fondamental, les autres résultent de la prise de conscience collective d'un besoin concret. Mais toutes doivent être susceptibles de s'intégrer dans l'ordre juridique démocratique sans porter atteinte à sa cohérence.

Or l'état de nécessité ne remplit pas cette condition. Ce point a été mis en relief par ceux dont la mission consiste à ordonner le droit positif en un tout cohérent et par ceux qui doivent défendre le système ainsi construit : on trouve en doctrine et en jurisprudence l'expression de l'incompatibilité de l'état de nécessité avec la logique démocratique.

§ 1. — *L'expression doctrinale de l'incompatibilité.*

Un examen global de la doctrine constitutionnelle de ces soixante dernières années montre tout de suite que nombreux sont les auteurs qui ont refusé catégoriquement d'admettre le recours à l'état de nécessité. C'est une présomption en faveur de l'incompatibilité de l'état de nécessité avec la logique démocratique.

Mais un examen plus détaillé pourrait amener à en douter si deux points n'étaient pas éclairés alors. Tout d'abord les refus doctrinaux sont bien souvent affirmés sans être suffisamment motivés ; peut-on néanmoins penser qu'ils sont justifiés par référence à l'incompatibilité de l'état de nécessité avec la logique démocratique ? Ensuite une partie non négligeable de la doctrine s'abstient de prendre position sur le recours à l'état de nécessité ; peut-on néanmoins interpreter son silence comme un refus, ou, à défaut, ne pas le considérer comme une acceptation ?

Nous ne pourrons donc avoir une vue complète de l'expression

---

(2) Les deux principaux théoriciens de la démocratie — Rousseau et Kelsen — sont des esprits extrêmement logiques, très versés dans le maniement de l'enchainement des principes et des conséquences.

doctrinale de l'incompatibilité qu'après avoir successivement examiné les refus doctrinaux, recherché leur explication et découvert la signification de certains silences.

A. — *Les refus doctrinaux.*

Ce qui frappe au cours de l'étude des positions des constitutionnalistes (3) envers l'état de nécessité, c'est non seulement le nombre des refus doctrinaux mais encore leur généralité. Il serait possible d'en citer au moins un pour chacun des pays dont les auteurs ont contribué à l'édification de la doctrine constitutionnelle de l'Etat démocratique. Tous développent des argumentations sensiblement analogues ; aussi nous contenterons-nous d'approfondir les points de vue anglais et français. Mais il ne faut jamais oublier que le phénomène dépasse largement le cadre de ces deux pays (4).

1. — La doctrine anglo-saxonne a été à peu près unanime dans son opposition à toute réception de l'état de nécessité en démocratie. Son attitude s'est manifestée tout au long de l'histoire constitutionnelle anglaise, à laquelle elle est d'ailleurs intimement liée.

---

(3) L'ensemble de la doctrine constitutionnelle se place aujourd'hui d'instinct dans le cadre de l'Etat démocratique, à l'exception de quelques apologistes isolés, défenseurs passionnés (ou opportunistes...) d'une idéologie beaucoup plus qu'observateurs objectifs de la réalité. Doctrine constitutionnelle et doctrine démocratique sont donc pratiquement synonymes.

(4) Citons ainsi :

— L'autrichien Kelsen : « On parle du droit de nécessité en raisonnant à peu près de la façon suivante : il est évident que l'Etat doit vivre et si cela lui est impossible légalement, c'est aux organes suprêmes de l'Etat à tout faire pour que l'Etat soit sauvegardé. Il s'agit là, évidemment, d'un raisonnement inspiré de considérations politiques ou de droit naturel qui se pare comme d'habitude du prestige du droit positif. Derrière la déclaration candide que « l'Etat doit vivre » se cache le plus souvent la volonté délibérée de faire vivre l'Etat de la manière préférée de ceux qui se servent de la justification de l'état de nécessité » (*Traité de la science de l'Etat*, p. 157).

— L'écrivain suisse Giacometti qui s'appuie sur la notion libérale de l'Etat garantie par la constitution pour montrer que l'Etat fondé sur le droit subsiste et s'écroule en même temps que la constitution et que le droit de nécessité n'est pas autre chose qu'une maxime de la raison d'Etat. (Cf. M. Battelli : *Les pleins pouvoirs en Suisse*, R.D.P. 1950, p. 143.)

— Le juriste grec Saripolos : « Pareille conception (état de nécessité) n'a aucune place dans un Etat moderne qui est un Etat de droit, l'administration ne pouvant agir exclusivement en vertu de la finalité comme dans l'Etat de police absolutiste. » (Cf. G. Vlachos : *Les décrets législatifs et la loi formelle en droit constitutionnel hellénique*, R.D.P. 1960, p. 242.)

— En Allemagne, on peut relever notamment les noms de R. Thoma (*Handbuch des Deutsches Staatsrechts*, t. II, p. 231), Grau (Die Diktaturgewalt des Reichspräsidenten, dans l'ouvrage de Thoma précité, p. 274) et A. Voigt (*Ungeschriebenes Verfassungsrecht*).

— Pour l'Italie, cf. les auteurs cités par S. Trentin (*Les transformations récentes du droit public italien*, 1929, p. 49, note 1).

Le fondement historique des refus des auteurs anglais ne saurait surprendre dans un pays qui accorde tant de place aux enseignements de l'expérience. Il étonne d'autant moins que l'Angleterre est le berceau de l'introduction de la démocratie. Sans doute la démocratisation du régime y a-t-elle été très lente ; la lutte démocratique a d'abord été une lutte contre le pouvoir avant d'être une lutte pour la conquête du pouvoir (5). Mais les épisodes de cette première phase aident à comprendre comment le refus de l'état de nécessité s'est lié, pour la doctrine anglaise, au triomphe de la démocratie.

L'idée de base réside dans l'assimilation entre les atteintes aux droits du Parlement et les entorses à la démocratie, assimilation qui s'est faite dans les esprits au cours des XVII^e^ et XVIII^e^ siècles, quand le Parlement s'opposait au pouvoir royal.

Le droit d'édicter des ordonnances de nécessité était inclus, à l'origine, dans la Prérogative Royale, ensemble de compétences dont disposait la Couronne en vertu de la Common Law ; le Statute of Proclamation adopté par le Parlement sous Henry VIII (6) était venu préciser le contenu de la Prérogative, mais l'Act I d'Edouard VII abrogea cette disposition. Le problème fut dès lors discuté de savoir si la coutume permettait néanmoins de considérer comme toujours en vigueur le droit pour la Couronne d'édicter des mesures de nécessité. La solution fut commandée par la situation politique. La Prérogative apparut de plus en plus comme la survivance d'un état de choses périmé au fur et à mesure que le Parlement l'emporta sur le Pouvoir royal. Elle s'amenuisa peu à peu et la Couronne perdit notamment le droit d'édicter des ordonnances de nécessité (7).

Il est difficile de déterminer avec précision la date où ce droit disparut (8) ; mais il est certain qu'à la fin du XIX^e^ siècle la Prérogative ne représente plus qu'une compétence assez mal définie, rappelant semble-t-il notre pouvoir réglementaire, mais sans plus. Tous les auteurs s'accordent à reconnaître qu'elle ne saurait impliquer le pouvoir de modifier des lois, même pour cause de nécessité. La position doctrinale n'a pas varié sur ce point. Sir Amos l'exprime très exactement en 1930 lorsqu'il écrit :

> « Il est important de noter qu'aucun acte de la Couronne ne peut intervenir dans le cadre de la Prérogative simplement

---

(5) Cf. Burdeau : *Traité de Science Politique*, t. V, p. 40 et s.

(6) Cf. Anson : *Loi et pratique constitutionnelles de l'Angleterre*, t. 1, p. 366. Le but de ce Statute était de permettre au Roi d'agir avec promptitude si les circonstances l'exigeaient pour sauver les lois et coutumes du Royaume, la défense des particuliers et la propriété. Les décisions royales étaient assorties de sanctions pénales.

(7) Cf. Les développements consacrés à l'urgence et la Prérogative royale dans l'ouvrage de Lefébure : *Le pouvoir d'action de l'administration en droit français et anglais*, p. 169 et s.

(8) Encore que l'opinion du juge Coke (le Roi peut faire des Proclamations pour faire appliquer les lois mais non contre les lois) sous Jacques I^er^ offre un point de repère. Cf. sur ce point, Anson précité, p. 368.

sous le prétexte qu'il se justifierait par la nécessité publique. Selon l'expression de Lord Camden, la Common Law ne comprend pas cette sorte de raisonnement » (9).

Les auteurs anglais ont en pratique porté un coup mortel à l'état de nécessité en le liant à la Prérogative, puisque celle-ci n'a cessé de décliner au point de ne plus correspondre à aucun pouvoir réel. Ils ont aussi traduit par là leur hostilité théorique envers lui : la coutume a consacré la disparition du droit d'édicter des ordonnances de nécessité parce que son inclusion dans la Prérogative — parmi d'autres compétences — était contraire aux droits du Parlement, donc, selon la conception doctrinale anglaise, incompatible avec la logique démocratique (10).

Le dernier point du raisonnement peut paraître assez peu convaincant, surtout à l'heure actuelle où le Gouvernement est, en Grande-Bretagne, tout aussi représentatif que le Parlement. Il procède d'ailleurs peut-être plus d'une réaction instinctive que d'une logique indiscutable. Il n'en constitue pas moins le thème central de la position de la doctrine britannique sur l'état de nécessité.

Ce thème est repris et explicité par la doctrine française à l'aide d'une argumentation plus logique et, partant, mieux assimilable pour notre esprit latin.

2. — La majeure partie de la doctrine française appuie la démonstration de l'incompatibilité de l'état de nécessité avec la logique démocratique sur la valeur suprême de la constitution et la gravité consécutive des atteintes à l'ordre juridique qu'elle supporte.

Esmein présente le recours à l'état de nécessité presque exclusivement à travers les violations de la légalité qu'il implique (11). Barthé-

---

(9) « It is important to notice that no act of the Crown can be brought within the Prerogative merely on the ground that it is justified by public necessity. In Lord Camden's words... the Common Law does not understand that kind of reasoning. » (*The English Constitution*, 1930, p. 125.)

(10) Jèze exprimait une opinion analogue : « Il est manifeste que dans un Etat démocratique de souveraineté parlementaire ou populaire, le notrech naturel de plein droit, c'est-à-dire la dictature de plein droit des agents de l'exécutif en temps de crise ou de guerre, apparaît comme une méconnaissance de l'état des forces politiques en présence ; c'est une révolution véritable, la restauration d'un régime politique aboli. Dans les Etats de souveraineté parlementaire ou populaire, la force sociale et politique prépondérante est celle du parlement ou du peuple. C'est à la législature ou au peuple à modifier la répartition des compétences si cette modification est nécessaire. Le juriste ne peut pas affirmer qu'elle s'opère de plein droit. »

G. Jèze : *L'exécutif en temps de guerre. Les pleins pouvoirs du Conseil Fédéral suisse*, R.D.P. 1917, p. 423.

(11) « Mais (par opposition aux monarchies allemandes) les démocraties contemporaines, de culture latine ou anglo-saxonne, n'admettent qu'un gouvernement légal soumis à l'autorité de la loi. » *Eléments de droit constitutionnel français et comparé*, t. II, p. 90.

lémy et Duez le suivent dans cette voie (12). Jèze, de son côté se pose la question de savoir s'il y a

> « ...un droit de nécessité naturel de l'Etat en ce sens que, en cas de crise politique provoquée par des événements nationaux ou internationaux, telle ou telle catégorie de gouvernants, naturellement et en dehors de toute autorisation constitutionnelle ou législative, cesse d'avoir une compétence limitée par la constitution ou la loi et est investie de plein droit, pour un temps plus ou moins long, du pouvoir juridique d'accomplir légitimement toutes sortes d'actes, actes individuels, actes législatifs... » (13).

Il poursuit de la manière suivante :

> « A cette question générale, il faut à mon avis répondre par la négative... Le principe capital moderne, en Angleterre, aux Etats-Unis et en France, est le règne de la loi, même en temps de crise... Aujourd'hui, dans toute nation organisée en Etat démocratique, il existe des individus ou groupes d'individus investis d'une certaine compétence en vue de faire fonctionner les services publics, extrêmement multiples et variés, par lesquels sont satisfaits les besoins généraux de la collectivité. Ces compétences sont réparties d'une certaine manière entre ces individus ou groupes d'individus ; elles doivent être exercées dans certaines conditions de collaboration et de formes. Le droit public des Etats démocratiques modernes n'est qu'une organisation de ces compétences... Ne l'oublions pas : dans les Etats libres modernes, une certaine répartition des compétences n'est pas le produit du pur développement logique fait par des juristes dans leur cabinet et adopté dévotement par les peuples : c'est l'aboutissement de luttes politiques très longues et très dures, le plus souvent même de révolutions sanglantes auxquelles les juristes sont absolument étrangers en tant que juristes. C'est ordinairement après échange de coups de fusils et non pas d'arguments de droit que, dans un pays donné, à un moment donné, les répartitions des compétences constitutionnelles ont été établies, que les compétences respectives des agents exécutifs, de la législature et des collèges populaires ont été déterminées par la constitution, par la loi, par la coutume constitutionnelle. Le droit public d'un pays donné, à un moment donné, enregistre ces résultats... » (14).

---

(12) Ils dénoncent à propos de l'arrêt Heyriès « la tentative du Conseil d'Etat, à notre sens impossible, de construire la théorie constitutionnelle de la violation de la constitution sous l'empire de la nécessité », en faisant remarquer qu'avec cette théorie « le pouvoir d'assurer l'exécution des lois comporterait donc celui de les violer ». Ils en concluent que « la contradiction éclate, qu'il est plus sage de renoncer tout de suite à faire la théorie juridique de la nécessité anti-juridique ». *Traité de droit constitutionnel*, 1933, p. 244.

(13) L'exécutif en temps de guerre. Article précité, R.D.P. 1917, p. 417.

(14) *Ibidem*, pp. 420-422.

Cette profession de foi positiviste est d'inspiration démocratique, car le positivisme juridique et la démocratie sont étroitement liés (15). C'est toujours l'application de l'idée que la constitution est la loi suprême parce que la souveraineté populaire y est solennellement exprimée.

Carré de Malberg a exposé avec encore plus de netteté l'incompatibilité de l'état de nécessité avec la logique démocratique ; il a magnifiquement résumé la justification des refus doctrinaux ; les lignes que nous citons le font apparaître comme le porte-parole de la doctrine traditionnellement hostile à toute réception de l'état de nécessité en démocratie.

> « Au point de vue juridique, aussi bien qu'au point de vue politique, la caractéristique et la condition essentielle de la démocratie c'est que le peuple y forme l'organe suprême de l'Etat, et cette suprématie organique du peuple se manifeste notamment en ce que la constitution ne peut être ni créée ni révisée sans l'intervention et l'assentiment du corps des citoyens : à tout le moins la sanction du peuple est-elle indispensable pour la perfection de toute opération d'ordre constitutionnel...
>
> ...Bien différente est la question du pouvoir de notverordnung dans la démocratie : là il ne s'agit rien moins que de déposséder le peuple de sa puissance constitutionnelle ; car l'autorité investie de la faculté d'édicter, en temps de crise, des ordonnances fondées sur sa seule volonté est érigée ainsi, pour ce temps, en organe suprême, aux lieu et place du corps des citoyens ; d'où un bouleversement complet, encore que passager, dans l'édifice constitutionnel de la démocratie...
>
> ...Droit et nécessité sont deux termes qui s'excluent en ce sens que la nécessité, si elle suffit à justifier en fait le recours à des moyens improvisés, ne suffit pas à leur conférer la correction et la valeur de moyens légaux... » (16).

La pensée est très claire ; il y a antinomie entre l'état de nécessité et l'ordre juridique démocratique. La dernière phrase du passage que nous venons de citer semble cependant contenir une réserve. Une impression analogue se dégage d'ailleurs des autres développements doctrinaux. Elle provient de ce que la doctrine n'a pas cru devoir expliquer davantage une position qui s'éclaire d'elle-même si on la replace dans l'ensemble de la théorie démocratique.

---

(15) Le positivisme est pratiquement la seule philosophie du droit logiquement compatible avec la démocratie. Cf. R. de Lacharrière : *Spinoza et la théorie démocratique,* R.D.P. 1959, p. 10. La thèse est juste sous cette réserve : une doctrine de droit naturel peut être compatible en logique avec la démocratie si elle fait figurer le principe démocratique lui-même parmi les principes de droit naturel, notamment au nom de la dignité de l'homme. Cf. J. Y. Calvez : *Démocrate, pourquoi ?* in *Revue de l'Action Populaire,* mai 1961.

(16) *Contribution à la théorie générale de l'Etat,* t. I, p. 610, note 24 et 619-620, également en note.

B. — *L'explication des refus doctrinaux.*

La seule conclusion qui ressorte clairement d'une lecture rapide des passages cités ci-dessus (17) est que l'état de nécessité s'insère mal dans l'ordre juridique des Etats démocratiques. L'incompatibilité logique de l'état de nécessité avec la démocratie n'apparaît pas de façon indiscutable. Il faut montrer, pour cela, d'abord que le rejet de l'état de nécessité hors de l'ordre juridique démocratique équivaut à un refus de l'intégrer dans la démocratie elle-même, et ensuite que ce refus se justifie directement au vu du principe démocratique lui-même.

1. Aucun des représentants de la doctrine démocratique n'a prétendu que l'Etat démocratique ne se trouverait jamais acculé à recourir à l'état de nécessité ; aucun non plus n'acceptait que « périsse le pays pourvu que les formes soient respectées » (18). Plusieurs d'entre eux ont pris soin, au contraire, de bien préciser qu'ils estimaient parfaitement justifiées au regard de la politique les mesures qu'ils condamnaient si catégoriquement au regard du droit. Ils ont même été jusqu'à dire que le gouvernement avait, au moins pour certaines d'entre elles, l'impérieux devoir de les édicter (19).

Mais ces mesures n'en restent pas moins des mesures illégales (20). Celui qui concentre tous les pouvoirs entre ses mains, même dans l'intérêt de l'Etat, viole le droit et devient passible des sanctions applicables en pareille circonstance. Bien entendu, il serait profondément injuste (quoique juridique) que ces sanctions le frappent effectivement. Aussi les organes dont il a usurpé les compétences (le Parlement

---

(17) Ce sont bien entendu ceux qui concernent le plus directement la question.

(18) Comme MM. Cruppi et Dalimier à la tribune de la Chambre lors de la séance du 30 octobre 1910. Cité par J. Barthélémy : *Notes sur le droit public en temps de guerre*, R.D.P. 1915, p. 575.

(19) « Personne ne peut dénier à l'Etat, en cas de péril grave, la ressource d'user, pour sa conservation, de moyens qui soient à la hauteur des circonstances » (Carré de Malberg, *op. cit.*, p. 619).

« Nous ne disons pas que la patrie doive être sacrifiée à la légalité. Dans des circonstances tout à fait exceptionnelles, le gouvernement, non seulement peut, mais doit commettre une illégalité... Le gouvernement peut accomplir ainsi des actes illégaux ; il a le devoir de le faire », Esmein, *op. cit.*, p. 104.

(20) « Il convient de reconnaître que l'emploi de ces moyens se développe sur un terrain qui n'est plus celui du droit proprement dit. Alors même qu'en pareille occurence les organes de l'Etat s'appliqueraient à ne recourir aux moyens irréguliers que dans la mesure la plus réduite et s'efforceraient pour le surplus de maintenir l'ordre juridique préétabli, il n'en reste pas moins certain que dans la mesure où leurs initiatives se déploient en dehors ou à l'encontre des prescriptions constitutionnelles ou législatives en vigueur, ces initiatives, quelle que soit la gravité des événements qui les ont rendues indispensables, sont dénuées de régularité juridique, et perdent dès lors le caractère de moyens de droit pour revêtir exclusivement le caractère de moyens de fait ou de nécessité. » (Carré de Malberg, *op. cit.*, p. 619) Cf. dans le même sens Esmein, *op. cit.*, p. 104.

notamment) s'empresseront-ils de l'absoudre et de prendre en même temps à leur compte les mesures édictées irrégulièrement. C'est le système anglais du bill of indemnity, transposé en France sous le nom de loi d'indemnité ou de loi d'amnistie.

Mais l'obligation de recourir à une loi d'indemnité montre précisément que ce système est en opposition avec celui du notrech (droit de nécessité). Les auteurs le soulignent (21) et se prononcent en même temps en sa faveur (22) :

> « Une loi de ce genre », affirme Dicey, « résoud pratiquement le problème qui a embarrassé les hommes d'Etat des XVI^e^ et XVII^e^ siècles : à savoir combiner le maintien de la loi et l'autorité des chambres du Parlement avec le libre exercice de cette sorte de pouvoir discrétionnaire ou de Prérogative dont doit se servir, d'une façon ou d'une autre, aux instants critiques, le gouvernement exécutif de tout pays civilisé » (23).

Il se peut qu'en effet Dicey ait raison d'un point de vue pratique (24) ; mais d'un point de vue théorique, le système de la loi d'indemnité ne résoud rien, parce que rien ne peut être résolu. Le rejet de l'état de nécessité hors du droit ne s'explique que par une incompatibilité logique avec la démocratie.

Il est des institutions qui peuvent être adoptées par le droit positif de l'Etat démocratique sans être en parfaite harmonie avec l'idéal démocratique. La doctrine sera forcée de le constater, mais les signalera comme des anomalies qu'il est impossible d'insérer dans l'ensemble normatif sans détruire sa cohérence. Elle proclamera par là que ces institutions sont en conflit logique avec le principe démocratique.

C'est exactement ce qui se produit pour l'état de nécessité. L'attitude politiquement conciliante et juridiquement intransigeante de la doctrine signifie qu'un pays ne peut connaître l'état de nécessité s'il est en démocratie ; et qu'il n'est plus en démocratie s'il connaît l'état de nécessité. L'état de nécessité y sera peut-être toléré dans certaines circonstances mais alors on se trouvera en présence d'une parenthèse dans le fonctionnement de la démocratie.

2. L'état de nécessité est en effet radicalement incompatible avec la démocratie. Celle-ci peut se définir comme le régime où le peuple détient la souveraineté. Or il découle du principe de souveraineté populaire un droit de participation égale et active à la décision politique, que l'état de nécessité ne permet pas de respecter.

---

(21) Cf. par exemple Barthélémy et Duez, *op. cit.*, p. 342 et s.

(22) « Cette solution correspond exactement au caractère démocratique des institutions (de la Grande-Bretagne,des Etats-Unis et de la France) », écrit Jèze (article précité, R.D.P. 1917, p. 418).

(23) Introduction à l'étude du droit constitutionnel, p. 317.

(24) Encore qu'il existe de meilleures solutions au problème, nous le verrons.

L'égalité est, avec la liberté (25), l'âme de la démocratie : égalité d'obligations devant les lois et les charges publiques, et surtout égalité de droits dans la participation au pouvoir. L'impossibilité de fonder en raison la supériorité d'une volonté individuelle sur une autre entraîne l'adoption du principe majoritaire qui sacrifie le minimum de volontés individuelles. Et le principe majoritaire postule l'égalité.

Mais l'état de nécessité est incompatible avec la participation égale des citoyens à l'exercice du pouvoir. Il réalise une concentration des pouvoirs pratiquement toujours au profit de l'exécutif ; or l'exécutif est bien souvent un organe moins représentatif qu'une assemblée. Il ne saurait jamais exprimer en lui qu'une volonté unique, même s'il a été élu au suffrage universel et a recueilli la majorité absolue des voix des électeurs ; sa décision ne peut inclure la part de discussion et de libre confrontation qui caractérise normalement la décision démocratique. La situation sera fréquemment encore plus mauvaise car l'exécutif est rarement issu d'une élection directe et risque de ne pas représenter la majorité (26).

Cet inconvénient se trouvera souvent aggravé par les circonstances ; l'efficacité pourra exiger une structure anormale de l'exécutif investi des pouvoirs de nécessité : ce pourra être par exemple un Cabinet restreint, donc peu représentatif. Rien ne garantira qu'il traduise l'opinion de la majorité.

Le bénéficiaire de la concentration des pouvoirs n'a, de toute manière, jamais été investi par le peuple en vue des circonstances de crise. Ceux qui l'ont choisi comme le plus apte à diriger la marche quotidienne des affaires de l'Etat en auraient peut-être désigné un autre pour remplir une mission de salut public. Le titulaire des pouvoirs de nécessité ne bénéficie souvent que d'une investiture ancienne et ne bénéficie jamais d'une investiture spéciale. Cela porte atteinte à sa représentativité, donc au principe d'égalité.

La participation active des citoyens au pouvoir est sans doute encore plus affectée par le recours à l'état de nécessité. Le peuple doit, en démocratie, être à même de pouvoir, à tout instant, infléchir la politique de l'Etat comme il l'entend (27). Ceci suppose que les décisions importantes soient son œuvre, par voie d'approbation directe ou de sanction indirecte, et qu'elles soient prises par lui dans le respect de la liberté d'information et de critique.

L'état de nécessité est incompatible avec toutes ces exigences. On conçoit certes que le peuple ne puisse se prononcer sur toute question qui appelle une intervention de l'Etat ; mais la décision doit lui appartenir pour les problèmes majeurs. Or les mesures de nécessité sont des mesures fondamentales, qui engagent les destinées

---

(25) Plus que la liberté si l'on en croit Tocqueville...

(26) Il n'est besoin que d'évoquer les gouvernements de la IV[e] République en France (et les gouvernements de la V[e] ?).

(27) Soit en s'opposant à un changement envisagé par ses représentants, soit en contraignant ceux-ci à réaliser les réformes voulues par la majorité.

de l'Etat. Il dépend d'elles non seulement, dans l'immédiat, que l'Etat survive ou périsse, mais encore dans l'avenir, que l'Etat survive tel qu'il existait avant la crise ou profondément transformé. Ces mesures peuvent affecter de façon durable la physionomie générale du régime, soit en opérant une modification de la mentalité politique, soit en imprimant aux structures une orientation sur laquelle il sera très difficile de revenir par la suite (28). Le peuple, pourtant, ne sera pas consulté ; il subira passivement les conséquences des décisions de ceux qui ont voulu à sa place.

Il ne pourra même pas se manifester en faisant connaître son sentiment par la voix de certains interprètes officieux mais efficaces de ses volontés (associations, syndicats, presse...). La discussion libre ne saurait être admise en période de crise. Les libertés publiques sont réduites car l'efficacité des mesures de salut public exige le secret et l'obéissance immédiate. L'opposition perd tout droit à l'expression, la minorité tout droit à l'existence (29). Cette situation est aux antipodes de la démocratie libérale et on comprend, dans ces conditions, que la doctrine constitutionnelle ait refusé de recevoir une institution aussi incompatible avec la logique démocratique.

La démocratie libérale, cependant, a vu se développer en face d'elle une autre conception de la démocratie : la démocratie marxiste, qui n'a pas été sans l'amener à se transformer profondément. Or, à peu près dans le même temps, on peut constater que la doctrine remplace souvent son refus explicite de l'état de nécessité par un silence. Ne serait-ce pas là le signe que l'état de nécessité est logiquement incompatible non avec la démocratie en général mais avec seulement la forme libérale de la démocratie ?

C. — *La signification des silences doctrinaux.*

Ce serait une erreur d'opposer les silences d'une partie de la doctrine aux refus d'une autre partie pour déclarer périmée l'expression doctrinale de l'incompatibilité de l'état de nécessité avec la logique démocratique. Ces silences ont une tout autre signification, d'ailleurs différente selon qu'ils émanent des constitutionnalistes occidentaux modernes ou des auteurs marxistes.

1. — Les ouvrages les plus récents de droit constitutionnel fran-

---

(28) Exemples : décisions en matière de politique étrangère, en matière d'intervention de l'Etat dans le domaine économique...

(29) Cf. l'article 15, § 1 de la Convention européenne des droits de l'homme : « En cas de guerre ou d'autre danger public menaçant la vie de la nation, toute Haute Partie contractante peut prendre des mesures dérogeant aux obligations prévues par la présente Convention dans la stricte mesure où la situation l'exige et à la condition que ces mesures ne soient pas en contradiction avec les autres obligations du droit international. »

çais sont muets sur la question de l'état de nécessité (30). Ce silence serait difficile à interpréter si on considérait isolément ces auteurs ; mais il perd son caractère énigmatique si on le rapproche des refus doctrinaux antérieurs.

Les traités modernes de droit constitutionnel font continuellement référence aux œuvres qui les ont précédés ; leurs auteurs sont d'ailleurs les disciples plus ou moins directs des fondateurs du droit public français. Il est donc légitime de penser qu'ils ont simplement adopté les idées de leurs aînés.

Celles-ci leur ont paru tellement évidentes qu'ils n'ont même pas éprouvé le besoin de les énoncer à nouveau, encore moins de les justifier. Ils auraient pris la peine de les réfuter s'ils avaient entendu ne pas s'y associer (31).

2. — Le silence des auteurs marxistes pose un problème autrement ardu. C'est en fait une doctrine entièrement nouvelle qu'ils proposent, et aucune opinion antérieure ne peut servir à l'interpréter. Or il paraît pour le moins singulier que l'état de nécessité soit absent des institutions de l'URSS et des autres démocraties populaires (32) et que la doctrine ne se soit pas préoccupée de cette absence : la philosophie des institutions marxistes est largement inspirée de l'idée que la fin justifie les moyens, et c'est une idée que l'on croit discerner assez volontiers à la base de l'état de nécessité (33).

La clef de l'énigme est cependant très simple : le problème de l'état de nécessité ne se pose pas dans les Etats socialistes pour des raisons à la fois philosophiques, juridiques et politiques.

Les raisons philosophiques découlent du caractère « absolutiste » des démocraties populaires : c'est le régime tout entier qui constitue une application de l'état de nécessité. Une certaine légalité a pu y faire son apparition et y acquérir une certaine stabilité ; mais elle conserve un caractère subsidiaire en ce sens qu'elle demeure toujours subordonnée aux impératifs finaux. Elle sera purement et simplement écartée s'il apparaît à un moment ou à un autre qu'elle en gêne la réalisation, et ce sans susciter la moindre protestation.

---

(30) Duverger : *Droit constitutionnel et institutions politiques*, 1re éd., 1955.
Lafferrière : *Manuel de droit constitutionnel*, 2e éd., 1947.
Pinto : *Eléments de droit constitutionnel*, 1948.
Vedel : *Manuel de droit constitutionnel*, 1949.

(31) On pourrait songer à une autre interprétation. Les auteurs modernes n'éprouvent-ils pas un doute sur le bien-fondé des refus doctrinaux ? Et ce doute ne les amène-t-il pas à se taire ? C'est cependant peu probable ; car ils n'ont pas hésité, sur d'autres points, à opérer une remise en cause des positions traditionnelles, même de façon non définitive.

(32) Une certaine place est faite à l'état de nécessité dans les textes qui prévoient l'éventualité d'une prolongation des sessions parlementaires décidée par les assemblées elles-mêmes en cas de crise (ci-dessous, p. 216). Mais c'est une place extrêmement faible.

(33) Ce qui ne saurait être admis sans de très sérieuses réserves.

Le mutisme des textes s'explique également par des raisons institutionnelles : les démocraties populaires ont adopté une organisation pyramidale des pouvoirs, sur le modèle de la constitution de l'URSS. Les différents organes de l'Etat sont reliés par un système de délégations successives de compétences, depuis le peuple jusqu'à l'organe gouvernemental. La réalité du pouvoir se trouve donc entre les mains d'un groupe assez restreint, qui bénéficie à titre permanent de la concentration des pouvoirs indispensable en cas de crise (34).

Enfin l'article 126 de la constitution soviétique, reproduit par les constitutions des pays satellites, donne au parti communiste un rôle moteur. Or ce parti dispose d'une organisation très fortement centralisée et de moyens susceptibles d'assurer efficacement l'exécution immédiate des décisions prises à l'échelon central. L'appareil étatique qui résulte du droit constitutionnel normalement en vigueur peut donc répondre instantanément à ce qu'exige de lui la survenance de circonstances exceptionnelles ; il n'a pas besoin de subir de modifications sensibles.

Le silence des auteurs marxistes sur l'état de nécessité s'explique donc simplement par l'absence d'un besoin à cet égard. Il ne contredit en rien l'expression doctrinale de l'incompatibilité logique de l'état de nécessité avec la démocratie.

La doctrine n'est d'ailleurs pas solitaire dans son refus ; la jurisprudence a affirmé, elle aussi, cette incompatibilité.

§ 2. — *L'expression jurisprudentielle de l'incompatibilité.*

L'expression de l'incompatibilité de l'état de nécessité avec la logique démocratique est moins fréquente en jurisprudence qu'en doctrine. Mais cela n'en diminue pas l'importance, bien au contraire.

Jurisprudence et doctrine n'ayant pas la même mission à remplir ont des préoccupations différentes. La doctrine travaille dans la généralité et l'abstraction ; la jurisprudence œuvre dans le particulier et le concret, elle ne peut laisser transparaître ses positions de principe que dans le cadre limité des solutions d'espèce (35). Cette différence, qui explique que la jurisprudence se trouve quantitativement en retrait par rapport à la doctrine (36), donne en même temps aux positions jurisprudentielles une valeur probante extrêmement forte : que la jurisprudence refuse l'état de nécessité au nom de la logique démocratique alors qu'elle n'a pas à justifier ses décisions par des arguments de principe, n'est-ce pas le signe que l'incompatibilité de

---

(34) Cf. sur tous ces points Lamarque : *La théorie de la nécessité et l'article* 16 *de la constitution de* 1958, R.D.P., 1961, p. 586 en note.

(35) Qui sont, au surplus, étant données la structure et l'étendue du pouvoir judiciaire dans les démocraties occidentales, presque toujours des affaires de nature administrative.

(36) Il s'agit d'ailleurs d'une explication partielle ; une autre considération vient la compléter (ci-dessous, p. 186).

l'état de nécessité avec la logique démocratique s'impose avec évidence ? Le fait négatif que peu de jurisprudences nationales aient satué en ce sens pèse peu auprès du fait positif que quelques-unes au moins l'aient fait.

Il pèse d'autant moins que l'attitude d'hostilité envers l'état de nécessité est le fait des juridictions des Etats les plus anciennement démocratiques : les Etats-Unis, la Grande-Bretagne et la France, et que le rejet le plus catégorique émane des juridictions des Etats anglo-saxons, considérés, de l'opinion générale, comme hautement démocratiques.

A. — *La jurisprudence américaine.*

La jurisprudence américaine mérite une place de choix parce qu'elle présente un intérêt exceptionnel pour notre étude. Les autres jurisprudences demeurent en effet, dans l'ensemble, sur le plan administratif, alors que les rapports entre l'état de nécessité et la logique démocratique se situent sur le plan constitutionnel. La Cour Suprême des Etats-Unis élevée par les textes au rang d'organe constitutionnel exerce effectivement des attributions d'ordre constitutionnel. Elle intervient fréquemment et efficacement dans le domaine politique à la faveur de son pouvoir de contrôler la constitutionnalité des lois. Elle peut donc embrasser la question de l'état de nécessité en régime démocratique dans son ensemble (37).

Le problème s'est posé aux Etats-Unis, sous sa forme moderne, à une date beaucoup plus ancienne que dans les Etats européens (38). On cite en effet à juste titre l'arrêt ex parte Milligan, rendu par la Cour Suprême en 1866, comme expression de l'hostilité de la jurisprudence envers l'état de nécessité.

Les Etats-Unis sortaient alors d'une période de troubles provoqués par la guerre de Sécession. Le Président Lincoln n'avait pas hésité à prendre toutes les mesures qui lui paraissaient indispensables au salut de l'Etat (c'est-à-dire, dans la conjoncture du moment, à la victoire du Nord) sans avoir égard au fait que plusieurs de ces mesures étaient d'une constitutionnalité plus que douteuse, en particulier celles qui suspendaient les garanties de la liberté individuelle. Il justifia son attitude par l'appel à la théorie de la nécessité, écrivant notamment en 1864 :

> « J'ai estimé que le serment que j'avais prêté de défendre la constitution de tout mon pouvoir m'imposait le devoir de défendre, par tous les moyens indispensables ce gouvernement, cette nation

(37) Ce problème se pose de façon d'autant plus aiguë qu'aux Etats-Unis la séparation des pouvoirs est théoriquement très poussée.

(38) Ce qui tendrait à confirmer le rapprochement entre l'état de nécessité et l'avènement de la démocratie.

dont la constitution est la loi organique. Etait-il possible de perdre la nation et de maintenir la constitution ? D'après la loi générale, il faut protéger la vie et les membres ; cependant, il arrive souvent qu'il faille amputer un membre. J'ai considéré que des mesures inconstitutionnelles dans d'autres circonstances pourraient devenir légales si elles devenaient indispensables au maintien de la constitution pour le salut de la nation. A tort ou à raison, j'ai adopté cette manière de voir, et maintenant je le reconnais franchement » (39).

Le Congrès estima que Lincoln avait eu raison, au moins partiellement, puisqu'il vota plusieurs Acts of indemnity. Mais la jurisprudence, elle, estima qu'il avait eu tort.

Un certain Milligan, citoyen de l'Indiana, avait été arrêté en vertu de la suspension de l'Habeas Corpus et de la proclamation de la loi martiale, décidées par le Président à la suite d'une loi du Congrès assez peu conforme à la constitution ; il avait été ensuite jugé par une Cour martiale et condamné à mort. La question se trouva soulevée devant la Cour Suprême de la légalité de la disparition des garanties constitutionnelles de la liberté individuelle, et plus généralement de la suspension de la constitution en temps de crise. La Cour condamna catégoriquement toute justification de la mise en vigueur de la loi martiale (hors les cas prévus par la constitution) par la théorie de la nécessité.

Son argumentation est fondée non seulement sur l'autorité supérieure de la loi constitutionnelle, intangible en tous temps et en tous lieux, mais encore, expressément, sur la volonté populaire elle-même. Cela revient à dire sans ambiguïté que l'état de nécessité est incompatible avec la logique démocratique.

« La constitution des Etats-Unis, » déclarait l'arrêt, « est la loi pour les dirigeants comme pour le peuple, en temps de guerre comme en temps de paix... Aucune doctrine recélant des conséquences plus pernicieuses ne fut jamais inventée par l'esprit humain que celle qui permettrait que l'une quelconque des dispositions constitutionnelles soit suspendue en raison d'une nécessité gouvernementale. Une telle doctrine conduit directement à l'anarchie ou au despotisme... la théorie de la nécessité sur laquelle elle est fondée est inexacte... » (40).

« Le Président ne peut pas, en temps de guerre plus qu'en temps de paix, empiéter sur la compétence propre du Congrès ni le Congrès sur la compétence propre du Président. *Tous les deux*

---

(39) Cité par J. W. Garner : *L'Exécutif aux Etats-Unis en temps de guerre*, R.D.P., 1918, p. 23 en note.

(40) Cité par A. Tunc : *Les pouvoirs du Président des Etats-Unis et l'arrêt de la Cour Suprême relatif à la saisie des Aciéries*, Rev. int. de dr. comp., 1952, p. 739, note (2).

sont les serviteurs du peuple dont la volonté est exprimée dans la loi fondamentale » (41).

La jurisprudence américaine va à nouveau condamner l'état de nécessité au nom de la logique démocratique plus de quatre-vingt-dix ans après, malgré le recul de la position politique de la Cour Suprême. Elle réaffirme les principes de l'arrêt Milligan à propos des mesures prises par le Président Truman lors de la crise des Aciéries américaines, en 1952 (42).

La grève menaçait alors de frapper le pays tout entier de paralysie totale. Le Président, devant l'inertie du Congrès, donna l'ordre au secrétaire au commerce de prendre possession des usines et de les maintenir en activité. Les sociétés d'Aciéries attaquèrent aussitôt la mesure pour inconstitutionnalité et le juge de première instance enjoignit au Gouvernement, dont l'un des deux principaux moyens de défense était précisément la nécessité (emergency), de suspendre l'exécution de la mesure jugée inconstitutionnelle. La Cour d'Appel annula l'injonction du juge de première instance, tout en réservant sa position définitive sur le fond au cas où la Cour Suprême, devant laquelle elle conseillait aux parties de porter l'affaire, refuserait de se saisir. La Cour Suprême (43) rendit le 2 juin un arrêt qui confirmait purement et simplement le jugement de première instance à la majorité de 6 voix contre 3 (44).

Les juges reconnaissent la gravité réelle de la crise qui affectait la nation et l'opportunité de la mesure présidentielle ; mais ils se refusent à admettre que l'état de crise, quelle qu'en soit l'importance, puisse accroître d'une façon quelconque les pouvoirs du Président (ou même du Congrès lorsqu'il s'agit d'une mesure portant matériellement atteinte à la constitution). Dans l'arrêt lui-même, rédigé par Mr. Justice Black, il est simplement constaté, selon la technique adoptée par la Cour de Cassation française dans ses arrêts (45), que le Président a empiété sur les attributions du Congrès et que, par conséquent, sa décision doit être annulée. Aucune allusion n'est faite à la nécessité ; mais certains juges ont examiné dans leur opinion individuelle l'argument gouvernemental fondé sur l'emergency. Ils l'ont repoussé, plus ou moins catégoriquement, pour des raisons fort diverses

(41) Cité par Jeze à la R.D.P., 1917, p. 418, note (1) (art. précité).

(42) On pourrait *a priori* penser que, étant donnée l'époque à laquelle ces mesures sont intervenues, la condamnation de la Cour n'a pas été de principe mais circonstancielle. Ce serait une erreur ; la crise de 1952 a ébranlé très sérieusement les Etats-Unis. Au départ, elle ne s'est présentée que sous l'angle social et économique, mais très vite elle a revêtu un aspect politique interne puis international (guerre de Corée). La crise a eu une ampleur considérable, quoique le péril fut peut-être plus psychologique que réel en définitive.

(43) Qui décida de connaître de l'affaire le 3 mai.

(44) D'opinions politiques très diverses, ce qui accroît l'autorité de la décision.

(45) Ci-dessous, p. 63.

dont la principale se ramène toujours à ce que la constitution n'a pas prévu de tels pouvoirs au profit du Président et que, la constitution étant l'œuvre du peuple, il serait contraire à la logique démocratique de passer outre (46).

La seule réserve que l'on pourrait émettre à l'encontre de la force probante de cette jurisprudence concerne la longueur du délai qui sépare les deux décisions. Le silence de la Cour Suprême, au cours de la première et de la seconde guerres mondiales, notamment, serait-il signe que la jurisprudence de 1866 manque de constance ou de fermeté ?

Nous ne le pensons pas. La reprise de 1952 montre, au contraire, la volonté de la Cour Suprême de demeurer fidèle à une position que, au surplus, elle n'a jamais renié. L'absence de décisions intermédiaires s'explique simplement par le fait que le Congrès a voté en 1917 et 1942 une série de lois de pleins pouvoirs rendant inutiles ou très rares les empiètements spontanés de la part du Président sur les compétences du Congrès (47).

On peut tout au plus faire état d'une tendance de la Cour à se montrer moins rigoureuse envers l'état de nécessité d'une part quand la concentration des pouvoirs est l'œuvre du Congrès et non du Président (48) et d'autre part quand son contrôle intervient pendant la crise (49). Mais l'arrêt de 1952 est intervenu à un moment où le point crucial de la crise était dépassé ; la Cour ne craignant plus de nuire à l'efficacité des mesures de salut public a tranché avec le maximum de sévérité, conformément à son conviction profonde.

B. — *La jurisprudence anglaise.*

La jurisprudence anglaise mérite également de figurer en bonne place parmi celles qui ont affirmé que l'état de nécessité était incompatible avec la logique démocratique. Le juge anglais est traditionnellement considéré comme le défenseur des libertés du citoyen, corollaire de la démocratie. Une institution condamnée par lui peut donc être présumée contraire à la démocratie.

La situation particulière du juge anglais vis-à-vis de l'autorité gouvernementale accroît en outre la force de sa condamnation de l'état de nécessité. Le pouvoir exécutif a pendant longtemps échappé à tout contrôle juridictionnel généralisé. Cette situation aurait dû semble-t-il incliner le juge à une certaine prudence dans les hypo-

(46) Sur tous ces points, voir l'article de A. Tunc précité.

(47) Ci-dessous, p. 108.

(48) Par référence à la position prise par la Cour dans les années 1930-1940. Cf. Munci Kapani : *Les pouvoirs extraordinaires de l'exécutif en temps de guerre.* Thèse Genève, 1949, p. 185-186.

(49) C'est pourquoi elle n'a pas censuré les lois de pleins pouvoirs dont l'inconstitutionnalité n'était d'ailleurs pas certaine.

thèses où il avait exceptionnellement l'occasion de censurer l'attitude gouvernementale. Le fait qu'il n'ait néanmoins accordé aucune place aux impératifs politiques lorsqu'il a dû se prononcer sur la régularité de mesures prises sous l'empire de la nécessité montre bien que sa position lui paraissait reposer sur des arguments très solides.

Or c'est justement à une époque où le juge anglais contrôlait encore l'exécutif de façon seulement exceptionnelle que la Chambre des Lords a exprimé le plus nettement, dans un procès célèbre, l'opinion de la jurisprudence anglaise en la matière. Aussi cette affaire reste-t-elle intéressante, en dépit de son ancienneté relative.

La guerre de 1914 avait conduit le Parlement à voter une série de lois de pleins pouvoirs autorisant le Roi à édicter un certain nombre de règlements administratifs (50). Un citoyen anglais d'origine allemande, Arthur Zadig, considéré comme suspect à cause de sa naturalisation récente, avait été interné sans jugement en vertu d'un règlement royal (51). L'affaire examinée successivement par la Haute Cour de Justice (arrêt du 20 janvier 1916) et par la Cour d'Appel (arrêt du 9 février 1916) vint devant la Chambre des Lords siégeant en tant que juridiction suprême (52), qui rendit son arrêt définitif le 1er mai 1914 (53).

La solution finale de l'affaire n'apporte en elle-même aucune contribution à la théorie de l'état de nécessité puisqu'elle reconnaît la régularité de la mesure individuelle d'internement et du Règlement royal sur la base des lois de pleins pouvoirs. Mais l'argumentation très détaillée des Lords (54) ne laisse subsister aucun doute quant à la position de la plus haute instance anglaise (55). Les Lords ont examiné un certain nombre d'arguments auxquels on aurait pu songer pour reconnaître la régularité du règlement royal, notamment l'état de nécessité, ou plutôt son support anglais, la Prérogative (56).

Le problème de la Prérogative était posé en effet. Le Gouvernement britannique l'avait invoquée comme justification de son action plus ou moins légale, à plusieurs reprises depuis le début de la guerre. Il agissait ainsi en application de la déclaration de principe contenue dans la Proclamation Royale lancée le 4 août 1914 :

> « Attendu qu'en vertu de la loi de Notre Royaume, c'est notre Prérogative incontestée et aussi le devoir de tous nos loyaux sujets agissant en notre nom, en temps de danger national imminent, de prendre toutes les mesures qui pourraient être nécessaires pour

---

(50) Ci-dessous, p. 109.
(51) R.D.P., 1916, p. 124 et s.
(52) Donc composée uniquement des sept Law Lords.
(53) G. Jeze : *Les pleins pouvoirs en Angleterre*, R.D.P., 1917, pp. 433 et s.
(54) D'autant plus instructive que les opinions des juges, même dissidentes, sont publiées.
(55) Dont la jurisprudence s'impose en droit et non pas seulement en fait aux juridictions inférieures.
(56) Ci-dessus, p. 46.

garantir la sécurité publique et la défense de Notre Royaume.

Attendu que l'état actuel des affaires publiques en Europe est tel qu'il constitue un danger national imminent.

En conséquence, Nous ordonnons et enjoignons strictemeent à tous nos sujets d'obéir et de se conformer à toutes les instructions et à tous les règlements qui pourront être édictés par Nous... » (57).

Le Gouvernement n'avait pas manqué d'en faire état — timidement car il craignait des réactions assez vives — devant les juges de l'affaire Zadig. Les Lords, dans leurs opinions publiées, ont donc examiné plus ou moins directement la question. Certains se sont contentés de la confrontation entre le Regulation litigieux et l'Act qui lui servait de fondement (58). D'autres ont été plus explicites. Lord Dunedin déclara :

« La seule question est celle de l'interprétation de l'Act du Parlement. La Prérogative peut avoir été mentionnée incidemment au cours de l'argumentation, mais l'Attorney général (représentant du Gouvernement) ne s'y est certainement pas appuyé... » (59).

... ce qui est une façon polie de dire que cette argumentation est totalement dépourvue de pertinence. Lord Shaw, dissident sur le fond mais d'accord sur ce point avec ses collègues, insistait :

« Le pouvoir de promulguer des régulations en vue de la sécurité publique et de la défense du Royaume est conféré par la loi à Sa Majesté en Conseil. Au cours de la discussion, il a été fait allusion à ce pouvoir comme se rattachant à la Prérogative Royale. Si jamais, même de la manière la plus légère, on associait cette Prérogative aux actes exécutifs accomplis en dehors de la volonté du Parlement, clairement manifestée, ce jour-là serait un jour néfaste : cette route conduit à la Révolution » (60).

Cette argumentation évoque irrésistiblement celle de la doctrine anglaise. Une coïncidence aussi totale entre la jurisprudence et la doctrine est vraiment remarquable. Elle montre que la dénonciation de l'incompatibilité de l'état de nécessité avec la logique démocratique fait partie intégrante de la tradition britannique (61).

---

(57) Cité par G. Jeze, R.D.P., 1917, p. 22.

(58) Ce qui constitue déjà une prise de position : il n'y a aucun fondement juridique aux pleins pouvoirs de l'exécutif en dehors des Defence of the Realm Acts. L'état de nécessité est donc exclu par là-même.

(59) R.D.P., 1917, p. 559.

(60) R.D.P., 1917, p. 573. L'idée est très proche, jusque dans les mots, de celle exprimée dans l'arrêt Milligan (ci-dessus, p. 57).

(61) La jurisprudence est ancienne, sans doute ; mais l'absence de décisions postérieures ne signifie pas qu'il y ait eu revirement, surtout dans un État où la force des précédents est considérable. L'extension des lois de pleins pouvoirs pendant la seconde guerre mondiale (ci-dessous, p. 111) explique d'ailleurs l'absence de nouveaux litiges sur la question.

C. — *La jurisprudence française.*

L'expression de l'incompatibilité de l'état de nécessité avec la logique démocratique n'est pas le fait de toute la jurisprudence française ; elle est limitée à la jurisprudence judiciaire qui s'oppose, sur ce point, à la jurisprudence administrative (62). Il nous a semblé néanmoins qu'il serait injuste de la négliger, d'autant plus que les juridictions judiciaires françaises ont apporté — et continuent d'apporter — une contribution précieuse au maintien de l'ordre juridique démocratique (63).

La jurisprudence judiciaire française a considéré à plusieurs reprises comme irréguliers les actes administratifs individuels et règlementaires pris en violation des lois, quelle qu'ait pu être leur justification du point de vue de l'opportunité politique ou administrative (64). C'est la guerre de 1914-1919, avec le bouleversement sans précédent qu'elle a entraîné pour la vie de la communauté nationale, qui a posé pour la première fois dans toute son ampleur le problème de l'état de nécessité devant les tribunaux, tant administratifs que judiciaires.

Le Gouvernement avait en effet été amené à prendre, sous la pression des circonstances, un certain nombre de mesures (décrets réglementaires notamment) qui allaient à l'encontre des textes législatifs. Des sanctions pénales étaient prévues pour toutes les infractions aux nouvelles règles, soit dans le décrets de nécessité eux-mêmes, soit dans les lois antérieures que ces décrets modifiaient sur d'autres points. Dans la plupart des cas, il y avait donc une double violation de la légalité : d'une part il y avait atteinte aux lois régissant certains domaines que les événements rendaient vitaux pour la défense nationale (65), d'autre part le Gouvernement s'arrogeait le pouvoir d'édicter des peines, directement ou indirectement. Les contrevenants, par le biais de l'exception d'illégalité et la succession des voies de recours, portèrent jusque devant la Cour de Cassation la question de la légalité des textes pris sous l'empire des nécessités.

---

(62) Ci-dessous, p. 187.

(63) Il n'est besoin de signaler à cet égard que le rôle de gardien des libertés publiques attribué aux juridictions judiciaires (extension des pouvoirs d'appréciation du juge pénal en matière de validité des actes administratifs, théorie de la voie de fait). Cf. Pinto : *La protection des droits de l'homme par les tribunaux judiciaires en France.* Etudes et Documents, 1949, p. 21.

(64) Etant donné le caractère centralisé de la justice en France, nous n'examinerons que les décisions de la Cour de Cassation. L'opinion des juridictions inférieures ne saurait être tenue pour l'expression définitive de la jurisprudence tant qu'elle n'a pas reçu la sanction de la juridiction suprême, surtout lorsqu'une question de principe est posée.

(65) Réglementation de l'ouverture de nouveaux débits de boissons, dont on sait qu'en temps de guerre ils sont souvent un centre de désordre, voire d'espionnage ; réglementation de la fabrication de la pâtisserie et du blutage du blé dans une période de pénurie de matières premières alimentaires, etc...

Il n'est pas certain, comme le fait remarquer Esmein (66), que l'urgence ait été telle que le Gouvernement n'ait pu attendre de pouvoir en référer au Parlement (67). La Cour de Cassation aurait peut-être pu fonder là-dessus le rejet des pourvois du Ministère public contre la relaxe des prévenus par les juridictions inférieures (68). Elle ne l'a pas fait, et c'est cela qui est significatif. L'idée ne l'a même pas effleurée, semble-t-il, que la nécessité puisse parfois justifier une attitude en elle-même contraire au droit ; cette omission ne peut être involontaire. La Cour de Cassation fait prédominer en tout état de cause le principe de légalité.

La même formule se retrouve partout presqu'inchangée que :

« Le gouvernement ne peut modifier par décret une disposition législative et édicter des sanctions pénales que lorsqu'il y a été autorisé par une délégation générale ou spéciale de la loi » (69)

que « le décret du 30 novembre 1917... ne trouve quant à ses dispositions une base légale dans aucun des textes qu'il vise ni dans aucun texte législatif antérieur à sa publication... que la sanction édictée par l'article 471 § 15 du code pénal n'est applicable qu'aux décrets du pouvoir exécutif agissant en vertu d'une délégation générale ou spéciale du législateur... » (70).

que « le droit d'édicter des peines n'appartient qu'au pouvoir législatif ; qu'il s'ensuit que les sanctions renfermées dans le décret sus-énoncé n'étaient pas obligatoires... que ce décret en tant qu'il pourrait constituer un règlement de police n'était pas susceptible d'être sanctionné par l'article 471 § 15 du code pénal ; qu'en effet cette sanction ne s'attache qu'aux règlements légalement faits ; que le règlement en question serait entaché d'excès de pouvoir en ce qu'il aurait apporté des modifications à la loi du 17 juillet 1880 sur les cafés, cabarets et débits de boissons, alors en vigueur... » (71).

On pourrait multiplier les exemples...

Cette jurisprudence est, malgré tout, moins explicite que les jurisprudences anglo-saxonnes. Deux points doivent être signalés à ce sujet pour que le tableau que nous traçons soit tout à fait exact.

En premier lieu, la motivation des arrêts ne fait pas apparaître l'idée que l'état de nécessité est incompatible avec la logique démocratique. Elle se borne à déclarer les mesures de nécessité contraires

(66) *Eléments de droit constitutionnel français et comparé*, t. II., p. 104.

(67) Encore que le Conseil d'État ait validé ces mêmes textes en faisant appel à la théorie des pouvoirs de guerre (ci-dessous, p. 188).

(68) Relaxe motivée par l'illégalité des décrets servant de base à la poursuite.

(69) Cass. Crim., 3 novembre 1917, S., 1917.I.145, note Roux.

(70) Cass. Crim., 31 mai 1918, G.P. 1918.320 rejetant le pourvoi formé contre un arrêt de la Cour d'Appel de Nîmes du 8 novembre 1917, G.P. 1916-1917.1018.

(71) Cass. Crim., 5 janvier 1917. Bull. Cass., p. 11.

à l'ordre juridique en vigueur. Il faut donc appliquer à la jurisprudence le raisonnement que nous avons fait à propos de la doctrine (72) pour montrer comment ce refus indirect de l'état de nécessité est néanmoins fondé sur l'incompatibilité de cette institution avec la logique démocratique.

En second lieu, cette jurisprudence n'est plus aussi ferme aujourd'hui ; des décisions récentes semblent la remettre partiellement en question (73). Ce demi-revirement permet de se demander si la jurisprudence antérieure ne s'inspirait pas au moins autant de préoccupations pratiques que de considérations de principe : ne cherchait-elle pas à préserver un Etat, encore relativement jeune vis-à-vis de la démocratie, contre les dangers que l'état de nécessité pouvait faire courir à son avenir ? et n'a-t-elle pas abandonné son attitude quand le danger lui a paru moins grand, quitte à la reprendre à nouveau quand elle l'estimerait nécessaire ?

Le second reproche adressé par la tradition démocratique à l'état de nécessité a en effet un caractère simplement éventuel. Mais la tradition démocratique ne s'est pas pour cela moins attachée à le souligner ; elle dénonce, à juste titre, les dangers que le recours à l'état de nécessité peut faire courir à l'avenir de la démocratie avec autant de vigueur que son incompatibilité avec la logique démocratique.

Section II

LE RECOURS A L'ETAT DE NECESSITE PEUT ETRE DANGEREUX POUR L'AVENIR DE LA DEMOCRATIE

Le danger d'une réaction monarchique, tant redoutée des premiers démocrates, s'est atténué jusqu'à disparaître avec la progression et la consolidation de l'idée démocratique. Mais la démocratie n'est pas devenue pour autant indestructible. Un certain nombre de facteurs que la doctrine démocratique contenait en germe dès l'origine ou dont l'évolution politique et sociale a entraîné l'apparition rendent perpétuellement précaires la sincérité de son fonctionnement et même la réalité de son existence.

Or le recours à l'état de nécessité a précisément pour effet de stimuler ces ferments antidémocratiques, et de mettre ainsi en péril l'avenir de la démocratie dans l'Etat. Il est probable que l'hostilité de la tradition démocratique n'aurait pas été aussi vive en fait si le seul reproche adressé à l'état de nécessité avait été son incompatibilité

(72) Ci-dessus, p. 50-51.
(73) Ci-dessous, p. 188.

logique, sur le plan des principes : l'opinion aurait sans doute pris relativement facilement son parti d'une mise à l'écart temporaire de la démocratie si elle avait été absolument certaine que cette situation serait provisoire et ne mettrait pas en cause le caractère démocratique de l'Etat. Mais une telle certitude ne peut exister ; à juste titre, la tradition démocratique, instruite par l'expérience, dénonce dans l'état de nécessité d'abord le risque de recours abusif, ensuite le risque d'une personnalisation excessive du pouvoir.

§ 1. — *Le risque d'un abus du recours à l'état de nécessité.*

La démocratie exige que le recours à l'état de nécessité, véritable parenthèse dans le fonctionnement normal de l'Etat démocratique, soit le plus rare possible. Or un Etat aura d'autant plus tendance à recourir à l'état de nécessité qu'il y aura déjà recouru dans le passé. Gouvernants et gouvernés risquent de se montrer de moins en moins exigeants quant aux conditions qui justifient une concentration spontanée des pouvoirs. L'état de nécessité risque de perdre son caractère de mesure exceptionnelle pour devenir un moyen habituel de gouvernement. Ce risque est d'autant plus dangereux que le glissement est insensible : on en constate la réalisation sans avoir pu déterminer le moment exact où l'institution basculait et se retournait contre la démocratie.

Il suffit, pour se convaincre du sérieux de ce risque, d'examiner d'une part les facteurs qui favorisent aujourd'hui la tendance à recourir trop facilement à l'état de nécessité et d'autre part les exemples d'abus qui, malheureusement, ne manquent pas.

A. — *Les facteurs qui favorisent le recours abusif à l'état de nécessité en démocratie.*

La démocratie n'est pas un régime facile et l'on peut se demander jusqu'à quel degré les citoyens sont capables d'en accepter les sujétions pour en posséder les avantages. Car ce qui fait la grandeur de la démocratie en fait aussi la faiblesse. La démocratie, fondée sur une philosophie respectueuse des valeurs humaines et notamment de la liberté d'opinion de chacun, est nécessairement un régime de compromis, où les changements de règle juridique rendus indispensables par les transformations des idées ou des faits se font par des réformes toujours incomplètes plus que par des révolutions radicales.

A cette relative difficulté des modes démocratiques d'adaptation du droit aux réalités s'oppose la relative facilité des modes autoritaires, ou tout au moins plus expéditifs. Ce qui demanderait plusieurs mois pour être partiellement réalisé en démocratie sera totalement réalisé en quelques jours par quelqu'un qui bénéficie des pleins pouvoirs. L'état de nécessité apparaît comme une solution de facilité, véritable tentation permanente devant les incertitudes et les atermoiements d'un

régime démocratique. Une société qui a pu, grâce à lui, opérer les reconversions qui s'imposaient à elle (74) aura tendance, tout naturellement, à faire de nouveau appel à ce moyen si pratique. La procédure démocratique de décision se trouvera peu à peu délaissée, jusqu'au jour où cet abandon entraînera la disparition du fondement démocratique de l'Etat lui-même.

Ce danger est particulièrement redoutable dans l'Etat moderne car des facteurs psychologiques et techniques s'y sont développés qui accentuent les besoins de facilité et d'efficacité issus du caractère nécessairement imparfait de la démocratie.

1. — Les tendances psychologiques de l'homme moderne constituent un puissant facteur d'abus du recours à l'état de nécessité dans les démocraties d'aujourd'hui, d'autant plus redoutables qu'elles sont également partagées par les gouvernants et les gouvernés.

Du côté des gouvernants, il est certain que se révèle une tendance à user de l'état de nécessité plus souvent qu'il ne conviendrait. Les hommes au pouvoir se sont de tout temps considérés comme l'élite de la nation. Ils estiment que leurs aptitudes « naturelles » à gouverner (car ils passent assez facilement de la fonction aux capacités...) renforcées et enrichies par l'expérience acquise dans le domaine politique leur donnent une qualification particulière, voire exclusive, pour gouverner. Ce sentiment sera d'autant plus développé qu'ils auront occupé un poste plus important (75), ce qui favorise chez eux la propension à rechercher une concentration des pouvoirs (76).

La permanence de ce phénomène et son renforcement à l'heure actuelle apparaissent saisissants si on se réfère à l'évolution de la mentalité des gouvernants. Il s'est fait sentir dès l'origine de l'Etat démocratique dans l'attitude des représentants élus vis-à-vis du peuple : qu'on se rappelle l'état d'esprit des constituants français de 1789-1791 à l'égard de la masse et l'adoption de la théorie de la souveraineté nationale avec un régime représentatif à la Montesquieu. Il conduisit à établir la souveraineté parlementaire, dépossession du peuple au profit des Assemblées (77). Mais celles-ci vont à leur tour être victimes

---

(74) Reconversions auxquelles précisément les organes démocratiques de l'Etat s'étaient peut-être avérés impuissants à procéder, ou même qu'ils avaient systématiquement entravées...

(75) C'est en partie le sens de la citation de Kelsen (ci-dessus, p. 45).

(76) Cela se manifeste non seulement dans les relations entre les organes constitutionnels, mais encore au sein de tout groupe organisé. Cf. la systématisation de ce phénomène par R. Michels : *Les partis politiques. Essai sur les tendances oligarchiques des démocraties*, 1914. L'auteur parle à ce propos de « loi d'airain de l'oligarchie ».

(77) En 1946, les élus des deux constituantes auront une attitude analogue ; ils seront foncièrement hostiles à la démocratie semi-directe même édulcorée dans ses procédés (referendum seulement) et dans son domaine (constitutionnel exclusivement). Cette hostilité ne prendra même plus la peine de s'abriter derrière des arguments idéologiques et avouera ses véritables motifs avec une franchise qui tient du cynisme.

de la même loi : le gouvernement va revendiquer l'extension de ses compétences avec les mêmes arguments, en faisant valoir qu'il est mieux placé pour réaliser plus rapidement et plus intégralement les réformes souhaitables et souhaitées.

Ce transfert de pouvoirs trouvera la plupart du temps sa source dans une habilitation législative, procédure essentiellement distincte de l'état de nécessité (78) ; il serait en ce sens étranger à nos préoccupations s'il n'avait une grande influence, du point de vue de la psychologie des gouvernants, sur l'accroissement des risques de recours abusif à l'état de nécessité. L'exécutif qui a l'habitude de bénéficier de larges pouvoirs dès que la nécessité d'une réforme se fait sentir avec un certain degré d'urgence, fut-il minime, aura tendance à user spontanément de pouvoirs analogues lorsque l'urgence se fera un peu plus pressante ; il recourra à l'état de nécessité dont les conditions et les effets lui facilitent la tâche davantage encore. La pratique de la concentration non spontanée des pouvoirs assure une liaison entre deux recours à l'état de nécessité (79). Elle entretient chez les gouvernants un état d'esprit dans lequel ils n'ont que trop tendance à se complaire et les entraîne sur la pente des abus.

Les gouvernants des démocraties occidentales sont d'autant plus sensibles à cette tentation que la situation politique dans laquelle ils sont placés est plus instable. Le parti qui réussit à s'emparer du pouvoir l'exerce avec un sentiment aigu du caractère précaire et éphémère de sa situation (80). De là naît le désir de profiter au maximum des « chances » que lui offre son passage au pouvoir. Son leader sera enclin à user de l'état de nécessité pour ne pas quitter le pouvoir sans avoir rien réalisé de ses ambitions. Au fur et à mesure qu'il verra approcher sa fin (politique) et qu'il se rendra compte que sa tâche n'est pas achevée, une impatience grandissante le poussera aux solutions extrêmes dont l'état de nécessité est un des plus beaux exemples. La pression de ses électeurs ou de ses supporters officieux alimentera cette tendance car la démagogie et encore une déformation courante du gouvernant.

Nous touchons là aux facteurs psychologiques qui facilitent le recours abusif à l'état de nécessité du côté des gouvernés. Le principe de « vertu » (c'est-à-dire de sens civique) dont Montesquieu faisait

---

Notons d'ailleurs que ces motifs ne sont pas entièrement dépourvus d'idéalisme, même s'ils sont inadmissibles en démocratie. A côté de considérations d'intérêt personnel, on remarque la même inspiration qu'en 1789 : pourquoi ne pas donner à ceux qui en sont les plus capables, dans l'intérêt même du peuple, le pouvoir de réaliser eux-mêmes les réformes utiles ? Le résultat n'en sera que meilleur, à tous points de vue.

(78) Ci-dessous, p. 102.

(79) Dont nous avons dit que le second était déjà favorisé par le premier.

(80) Surtout s'il est le représentant d'un groupe de pression et se fixe en conséquence un certain nombre d'objectifs qui ne répondent pas tous à un vrai besoin d'intérêt général ; car il sera alors à la fois pressé par le temps et gêné d'avoir à composer avec d'autres groupes.

le ressort de la démocratie exige des citoyens la tolérance et la patience ; or les masses ne sont ni tolérantes ni patientes. Le peuple qui ressent le besoin d'une nouvelle règle de droit s'irrite de ce que son élaboration et sa mise en vigueur soient retardées par la nécessité de discuter avec l'opposition pour tenter — bien souvent en vain — de la convaincre ; il ne comprend pas l'utilité de procédures complexes, même et surtout quand on lui dit que ces procédures sont destinées à sauvegarder sa propre liberté de décision (81) ! Les masses n'ont pas suffisamment de sagesse pour se rendre compte que ceux qui abuseraient du recours à l'état de nécessité ne le feraient pas toujours dans le respect de la volonté générale (présumée...) et que cela conduirait dans toutes les hypothèses à un déclin accéléré de la démocratie dans l'Etat.

Cette source d'abus n'était pas bien menaçante quand les tâches de l'Etat se limitaient au rôle de gendarme. Les gouvernés n'avaient guère de motifs de souhaiter une intervention de l'Etat, au contraire, sauf aux époques de péril grave, celles-là précisément où le recours à l'état de nécessité ne constituait pas un abus, dans son principe au moins. Mais, à partir du moment où l'Etat se donne pour objectif officiel de promouvoir le bien-être social, l'intervention de l'Etat est souhaitée, même au prix de la liberté (82). Le marxisme a propagé cette idée dans la mentalité des masses, obligeant par là les gouvernants à contre-attaquer sur le même terrain.

Cette psychologie « finaliste » des masses est aujourd'hui généralisée ; elle est renforcée par des facteurs techniques (83) qui, eux aussi, favorisent l'abus du recours à l'état de nécessité.

2. — La tâche de l'homme politique moderne est sans commune mesure avec celle de son homologue du siècle dernier. L'extension des interventions étatiques, les transformations des attributions traditionnelles de l'Etat l'ont rendue extrêmement complexe. Il en résulte que tous les problèmes sont liés et qu'une action ou une carence qui préjudicie à la bonne marche d'un secteur de l'activité étatique risque de se répercuter, amplifiée, dans les autres secteurs. Il faut que les hommes politiques soient à tout moment en situation de redresser les déviations ou les fléchissements qui peuvent se produire ici ou là, et cela d'autant plus rapidement et plus facilement que leurs conséquences risquent d'être plus graves. Seulement l'appréciation de la gravité de ces conséquences échappe à toute possibilité de barème précis. Les gouvernants auront tendance à vouloir agir vite et sans entrave dans la crainte que tout le système ne subisse des perturba-

(81) C'est ce phénomène que Burdeau a systématisé dans le tome VII de son Traité de Science Politique sous le nom de « démocratie gouvernante ».

(82) Tocqueville l'avait pressenti dans un Etat où l'évolution sociale et économique commençait déjà à prendre une sérieuse avance sur les sociétés du vieux continent.

(83) Ce qui explique son ampleur dans les pays en voie de développement.

tions catastrophiques. Ils seront alors conduits à recourir à l'état de nécessité plus souvent, peut-être, qu'il ne conviendrait.

L'état de nécessité est le procédé qui, techniquement, offre le plus d'avantages et permet le mieux de résoudre les problèmes du point de vue de l'homogénéité et de la rapidité des décisions à prendre. Cette procédure simplifiée au maximum sur le plan constitutionnel tentera ceux qui doivent faire face à des questions compliquées (84). Ils risquent ainsi d'y recourir non parce que les conditions extérieures le rendent indispensable, mais en vertu de ses qualités propres, simplement parce qu'il paraît mieux adapté à l'environnement technique du pouvoir.

Ceci est très dangereux pour l'avenir des sociétés démocratiques car le mouvement de renforcement de la technicité des problèmes n'a pas atteint son terme, et risque d'étendre de façon excessive la place de l'état de nécessité dans la vie politique. Ce sombre tableau s'est déjà réalisé dans certains Etats. Leur exemple achève de confirmer le danger d'abus que peut présenter l'état de nécessité pour l'avenir de la démocratie.

B. — *Les exemples d'abus du recours à l'état de nécessité.*

Les exemples d'abus du recours à l'état de nécessité sont assez mal connus ; leur nombre est pourtant élevé, car ce risque d'abus est insidieux pour l'Etat démocratique (85). Il se présente souvent avec le visage anodin des situations familières. La plupart des Etats qui en sont victimes n'ont pas sombré dans la catastrophe institutionnelle : la constitution démocratique n'a pas été violemment répudiée, beaucoup de ses dispositions sont restées en vigueur. Rien n'a été apparemment changé par rapport à la forme démocratique que le régime avait adoptée initialement.

Mais le régime qui a survécu ne mérite peut-être plus le nom de démocratie. L'abus du recours à l'état de nécessité rend difficile, voire impossible le fonctionnement d'une démocratie véritable dans l'avenir : le jeu est faussé, l'équilibre des pouvoirs est rompu, le déroulement des luttes politiques par des moyens de force supplante la libre concurrence démocratique. Les restaurations de cette démocra-

---

(84) Tous les domaines du droit connaissent aujourd'hui un développement des procédures simplifiées au détriment des procédures plus lentes mais aussi plus respectueuses des garanties des droits de l'individu. Le droit international voit se développer les accords en formes simplifiées, le droit administratif les procédures sommaires d'expropriation et de passation des marchés ; le droit budgétaire relève de plus en plus du gouvernement, la procédure juridictionnelle s'allège... Le même processus affecte le droit constitutionnel, parfois dans le respect du principe démocratique, parfois aussi en le méprisant.

(85) Il est même en un sens plus dangereux que la dictature ; celle-ci a au moins le mérite de susciter des réactions qui, tôt ou tard, abattront le tyran et restaureront la démocratie, avec quelque outrance parfois.

tie imparfaite s'espacent d'ailleurs chaque fois davantage, les éclipses de la démocratie se produisent sous des prétextes de plus en plus futiles et durent de plus en plus longtemps. Tous les exemples d'abus du recours à l'état de nécessité montrent la réalité de ces excès (86).

J. Lamarque énumère plusieurs Etats où le recours à l'état de nécessité est intervenu de manière habituelle entre les deux guerres, doublant presque à égalité la procédure normale d'exercice du pouvoir politique, particulièrement du pouvoir législatif (87). Il cite ainsi la Roumanie, l'Italie, la Grèce, la Pologne, l'Allemagne, tous Etats qui venaient d'adopter des institutions démocratiques, mais où la pratique suivie pendant la première guerre mondiale a entraîné des recours de plus en plus fréquents à l'état de nécessité.

Le processus selon lequel s'est opéré ce glissement est à peu près le même dans tous ces Etats ; nous nous contenterons donc de développer seulement quelques-unes de ces expériences (88).

L'histoire de l'Italie est très intéressante parce qu'elle s'étend sur une période assez longue et montre bien le caractère insidieux du risque d'abus du recours à l'état de nécessité.

Il avait toujours été admis, pratiquement sans discussion, par les juristes italiens que le Statut de Charles-Albert autorisait le Roi à légiférer par décret lorsque la défense de l'intérêt public l'exigeait, et ce bien qu'aucune disposition expresse n'existât en ce sens ; le caractère souple du Statut avait sans doute facilité l'adoption de ce point de vue (89). Dans la période précédant l'intervention de l'Italie dans la première guerre mondiale, le Roi fit de ce pouvoir d'ordonnances un usage que l'ensemble des historiens s'accorde à reconnaître très modéré. L'entrée de l'Italie dans la guerre accrut brusquement les exigences du salut de l'Etat, et le Roi fut amené à

---

(86) Il est vraiment frappant de voir en parcourant les diverses études consacrées à l'état de nécessité combien des expressions telles que « moyen normal de gouvernement », « pratique courante », « utilisation habituelle »... reviennent souvent. Il semble que dans de nombreux Etats le gouvernement s'empresse de concentrer spontanément les pouvoirs constitutionnels dès qu'il rencontre la moindre opposition ou la moindre menace d'opposition.

(87) *La théorie de la nécessité et l'article* 16 *de la constitution de* 1958, article précité, R.D.P. 1961, pp. 559 et s. (en particulier pp. 572-576).

(88) Nous ne nous attachons pas pour l'instant à l'exemple français. L'application de l'article 16 est encore trop récente pour que nous puissions valablement en tirer autre chose que des enseignements fragmentaires à propos de l'une ou l'autre des conditions d'exercice de l'état de nécessité. Quant aux décrets du Gouvernement pendant la première guerre mondiale, leur nombre est trop restreint pour être intéressant sur un plan général. Notons cependant que certains furent nettement abusifs, les derniers notamment (cf. Duguit : *Traité de droit constitutionnel*, t. III, p. 178 et pp. 749-750 et Esmein : *Eléments de droit constitutionnel*, t. II, p. 100), ce qui montre la tendance du gouvernement à étendre l'usage du procédé.

(89) Encore que S. Trentin (*Les transformations récentes du droit public italien*, 1929, p. 45) s'y rallie sans hésitation, tout en s'insurgeant (introduction, p. 17-21) contre le caractère souple du Statut (qu'il admet d'ailleurs en fait par un chemin détourné).

émettre — sans que leur justification cessât pour autant, au début tout au moins — un nombre beaucoup plus élevé de décrets législatifs.

Mais à partir de ce moment, le Roi commença à apprécier les facilités que lui offrait l'emploi du procédé ; il exploita adroitement la situation particulière dans laquelle l'avaient placé les circonstances exceptionnelles, et la cadence des décrets législatifs se maintint durant toute la poursuite de la guerre ; elle augmenta même et cette augmentation continua de se faire sentir après 1919 (90). On ne peut s'empêcher de mentionner à ce propos l'exemple donné par P. Chimienti et rappelé par J. Lamarque (91), qui serait comique s'il ne révélait à quelles extrémités l'abus du recours à l'état de nécessité peut conduire : l'octroi du grade de lieutenant à un chef de musique de la marine royale au moyen d'une ordonnance d'urgence !

Mussolini inscrivit dans sa déclaration du 27 juin 1924 que c'était son intention « de ne pas émettre pour l'avenir des décrets-lois parce que si le Gouvernement fait lui-même les lois, la Chambre n'a plus rien à faire ». Qu'un tel partisan du renforcement de l'exécutif ait cru devoir se joindre aux protestations qui finirent tout de même par s'élever de toutes parts (92) montre bien à quel point le risque de recours abusif à l'état de nécessité s'était matérialisé.

La Roumanie a connu à peu près la même évolution. Le Gouvernement s'arrogea, pendant la guerre, le droit de faire des décrets tenant lieu de loi. Certains furent émis « pour des nécessités spécialement graves et urgentes » mais aussi « pour d'autres qui n'avaient évidemment pas ce caractère » (93). Le Gouvernement ne connut pratiquement aucune limite dans l'exercice de ce pouvoir et, comme en Italie, il continua d'en disposer longtemps après la fin de la guerre en inventant de nouvelles nécessités et de nouveaux périls comme prétexte. Ne trouva-t-il pas le moyen de maintenir par ce procédé l'état de siège partiel jusqu'en 1924 ? Seule la pression de l'opinion permit un retour très graduel et fort lent à une vie constitutionnelle normale (94).

En Grèce, enfin, le phénomène a été plus accentué encore, jusqu'en 1952 au moins. Il suffit de relire les quelques pages que G. Viachos consacre à la question (95) pour se rendre compte que l'usage répété des décrets de nécessité relève d'un véritable processus cumulatif, d'autant plus grave que les réticences à son encontre ont été longtemps en s'affaiblissant.

---

(90) Sur tous ces points cf. S. Trentin précité.

(91) R.D.P. 1961, p. 575 en note.

(92) Professeurs d'universités, Cour de Cassation (revirement de 1922)...

(93) Selon l'expression d'un juriste roumain rapportée par J. Raïciu : *Légalité et nécessité*. Thèse Paris, 1933, p. 265.

(94) Raïciu précité.

(95) *Les décrets législatifs et la loi formelle en droit constitutionnel hellénique*, R.D.P., 1961, p. 237-241.

La première décade de ce siècle n'a connu que quelques cas isolés de décrets de nécessité, à objets limités, et qui se sont heurtés à de vives oppositions. Mais à partir de 1912-1913, la Grèce a vécu une série de périodes agitées ; à chacune d'elles a correspondu un usage très large des décrets de nécessité édictés par le Chef de l'Etat. Le moindre trouble a été une occasion pour utiliser le procédé, étendu à toutes sortes de matières ne réclamant pas une réglementation urgente. « La législation gouvernementale autonome devint un procédé courant et à certaines périodes un procédé exclusif de législation » (96).

La Libération qui permit en 1945 le rétablissement de la constitution de 1911 aurait dû marquer le point final de cette situation anormale ; il n'en fut rien et il fallut attendre 1952 pour voir s'atténuer le recours à l'état de nécessité. G. Vlachos conclut de façon très nette que :

> « Cette évolution montre bien que la pratique des décrets de nécessité, loin d'être la manifestation passagère d'un malaise éphémère, se présente comme un phénomène plus ou moins durable dans le fonctionnement des institutions constitutionnelles de la Grèce contemporaine ; mais ce qui est encore plus significatif, c'est que la pratique mentionnée s'étend régulièrement dans les domaines les plus divers de la législation... » au point que « les noms de décret de nécessité ou de loi de nécessité... ne concernent en principe que l'origine ou le degré de validité et non pas le motif réel ou la justification théorique de cette façon de légiférer » (97).

C'est à une conclusion analogue que nous conduisent — à un degré moindre il est vrai car on peut difficilement aller aussi loin que la Grèce dans cette voie — bien des exemples de recours à l'état de nécessité. Les commentaires de Dareste sous maints articles constitutionnels prévoyant (ou interdisant) le recours à l'état de nécessité sont très instructifs sur ce point, notamment ceux qui concernent l'article 48 de la Constitution de Weimar (98).

Mais, pour ce dernier, c'est un autre risque qui retient surtout l'attention : celui d'une personnalisation excessive du pouvoir.

§ 2. — *Le risque d'une personnalisation excessive du pouvoir.*

L'expression « personnalisation excessive du pouvoir » désignant le second danger que l'état de nécessité peut faire courir à la démocratie aurait sans doute beaucoup surpris les Révolutionnaires français et plus généralement les premiers démocrates des Etats occiden-

---

(96) Article précité, p. 239.

(97) *Ibidem*, p. 240.

(98) *Les constitutions modernes*, tome I, p. 70, note 1. L'auteur indique que de 1919 à 1924 plus de 100 ordonnances de nécessité avaient déjà été édictées en s'appuyant sur l'article 48.

taux. Leur surprise serait venue plus précisément de l'emploi du qualificatif « excessif ». Car toute personnalisation du pouvoir constituait, aux yeux des démocrates classiques (99), un écueil dont la démocratie devait se garder avec le plus grand soin.

La démocratie ne s'est installée dans ces Etats qu'à la suite d'une longue lutte contre le pouvoir d'un monarque considéré comme le propriétaire de la souveraineté, c'est-à-dire d'une lutte contre un pouvoir personnalisé à l'extrême. Il apparaissait donc très dangereux pour la démocratie naissante d'admettre ne fût-ce qu'un degré minime de personnalisation du pouvoir au profit de l'un quelconque des représentants appelés à remplacer le monarque abattu. La tentation aurait été trop forte pour le titulaire d'un pouvoir partiellement personnalisé de revenir aux errements anciens et de s'approprier la souveraineté, et pour le peuple de voir en lui un nouveau maître auquel il obéirait en raison de ses aptitudes personnelles plutôt qu'en raison de la délégation dont il bénéficie de la part du peuple.

Un argument d'ordre théorique venait d'ailleurs appuyer cette hostilité. Les principes de liberté et d'égalité qui sont à la base de la doctrine démocratique semblaient exiger que les citoyens soient soumis aux lois et non aux hommes ou, plus exactement, qu'ils soient soumis aux hommes uniquement parce que ceux-ci les commandent au nom des lois. La personnalisation du pouvoir apparaissait incompatible avec la démocratie en introduisant un élément subjectif là où ne devait régner que la plus stricte objectivité.

Cette conception devait se révéler une pure chimère (100). L'attitude des hommes de la Révolution était déjà profondément illogique. Ils ne pouvaient pas à la fois rejeter toute personnalisation du pouvoir et adopter la théorie de la représentation : celle-ci repose en effet sur la confiance personnelle que l'électeur accorde à l'élu et que l'élu mérite par ses qualités propres.

Les Révolutionnaires eux-mêmes n'ont pas pu maintenir une dépersonnalisation absolue du pouvoir. Leur intransigeance doctrinale n'a pas empêché que des noms comme ceux de Mirabeau, Danton, Robespierre non seulement s'imposent aux assemblées, mais encore soient connus du peuple, au moins du peuple de Paris (101). Si l'ensemble des citoyens français les ignorait encore bien souvent, cela était dû à l'insuffisance des techniques de diffusion.

L'obstacle a aujourd'hui disparu, et le besoin de personnalisation du pouvoir que ressentaient les hommes des années 1789-1793 est encore plus vif à notre époque. L'homme a une tendance naturelle à humaniser tout ce qui l'entoure, à introduire la chaleur des relations

---

(99) Nous employons ce terme pour désigner un courant de pensée qui s'étend en gros du XVIII[e] siècle aux deux premières décades du XX[e] siècle.

(100) M. Duverger : *La VI[e] République et le régime présidentiel*, pp. 34-35.

(101) Le même phénomène s'est produit pour les partis politiques : il s'en est créé en fait malgré leur prohibition en droit.

individuelles là où primitivement il n'y avait que des textes et des institutions. Le mouvement, irrésistible (102), peut être en soi bénéfique (103) : une certaine dose de personnalisation du pouvoir est indispensable au maintien de l'intérêt du peuple pour la chose publique (104). Toutes les démocraties occidentales ont dû faire des concessions dans le sens d'un accroissement de la personnalisation du pouvoir ; elles ont pu le faire sans se renier.

Mais l'ancienne prévention contre la personnalisation du pouvoir n'était tout de même pas entièrement dénuée de fondement. La personnalisation du pouvoir est certes démocratique, mais à condition de rester dans des limites raisonnables et soigneusement préparées à l'avance. Il ne faut accepter la personnalisation du pouvoir que pour « l'exorciser », selon le mot de M. Duverger. Une institutionnalisation accompagnée d'une dépersonnalisation du pouvoir était impossible en démocratie ; une personnalisation accompagnée d'une désinstitutionnalisation totale du pouvoir n'est pas davantage concevable (105).

Or l'état de nécessité risque de favoriser la personnalisation de pouvoir alors que, par ailleurs, il réalise sa désinstitutionnalisation. Il fait ainsi courir un danger très grave à l'avenir de l'Etat démocratique. Il favorise en effet le développement de deux tendances latentes en démocratie, dont la conjonction conduit précisément à une personnalisation excessive du pouvoir accompagnée d'une désinstitutionnalisation.

1. — Il existe tout d'abord dans les masses une propension naturelle à s'en remettre à un homme du soin de diriger l'Etat en leur nom. Rousseau attribuait à l'artifice des jurisconsultes des siècles précédents, qui n'épargnaient rien « pour dépouiller les peuples de tous leurs droits et pour en revêtir les rois avec tout l'art possible » (106), la responsabilité du fait que l'homme né libre soit partout dans les fers, alors que son instinct l'eût conduit à la démocratie. En réalité, il s'en faut de beaucoup que le peuple soit naturellement enclin au gouvernement démocratique (107) ; les sociologues montrent que les premières sociétés politiques ont toujours reposé sur l'allégeance personnelle du sujet vis-à-vis d'un chef. Le progrès de la conscience civi-

---

(102) A. Mabileau : *La personnalisation du pouvoir dans les gouvernements démocratiques*, Rev. Franç. de Sc. Pol., 1960, p. 39.

(103) Duverger, précité p. 36.

(104) La IV[e] République est morte de la désaffection des citoyens à l'égard du pouvoir ; celle-ci provenait de ce que le chef du Gouvernement était coupé de la masse par son mode de désignation et par les procédés de gouvernement dont il disposait.

(105) Trop d'auteurs semblent l'oublier et envisager la désinstitutionnalisation comme allant de pair avec la personnalisation du pouvoir, sans montrer le danger de ce rapprochement. Cf. par exemple J.L. Quermonne : *L'article 16 et la défense de la République*, Revue de l'Action populaire de juin 1961.

(106) Contrat social livre II, chapitre II.

(107) Burdeau : *Traité de Science Politique*, t. IV, n[os] 219 et s.

que et l'apparition du concept abstrait de l'Etat ont fait passer au second plan le rôle du facteur personnel ; mais ce facteur demeure prêt à resurgir à la moindre occasion, avec d'autant plus de force qu'il est resté plus longtemps contenu.

Toute une série de phénomènes que l'on désigne globalement par l'expression de « dépolitisation » prépare de nos jours le terrain, involontairement mais sûrement, à une réaction offensive d'un pouvoir personnalisé à l'excès. Les citoyens se désintéressent des partis politiques qui se veulent le champion d'une idéologie et d'un programme : l'attachement pour une personne trouve ainsi une place toute prête à prendre quand le moment sera venu. Le déclin de la presse d'opinion et le succès grandissant des journaux dits « d'information » habituent peu à peu les masses à s'intéresser à ceux qui dirigent la politique plutôt qu'à la politique suivie. Si celui qui est à la tête d'un pays arrive à gagner leur confiance, elles sont disposées à s'en remettre aveuglément pour la suite à ce que cet homme aura décidé ; une sorte de préjugé systématiquement favorable annihilera de leur part toute faculté de critique.

Le recours à l'état de nécessité a automatiquement pour conséquence, dans la mesure où il est couronné de succès (108), de provoquer une vague de sympathie enthousiaste en faveur de celui qui l'a exercé. L'homme qui aura concentré tous les pouvoirs (109) apparaîtra aux yeux de l'opinion publique revêtu de tout le prestige que confère le titre de sauveur de la patrie. Le sentiment qui avait poussé le peuple à se regrouper autour de l'homme qui incarnait l'Etat dans les moments difficiles va, une fois le péril conjuré, se muer en un sentiment de gratitude qui l'emportera sur tout autre (110).

Le citoyen pensera que celui qui a si bien su redresser une situation critique et sauver l'Etat de la catastrophe à laquelle il semblait courir tout droit ne commettra jamais d'erreur par la suite. Il estimera par conséquent de bonne politique de le laisser agir à sa guise, le

---

(108) C'est-à-dire dans la mesure où l'Etat est sauvé et où il a donc atteint son but.

(109) Car ce sera le plus souvent un homme seul qui émergera, même s'il exerce ses pouvoirs en liaison étroite avec des collaborateurs.

(110) Contrairement à ce que l'on croit généralement, les masses ont un sentiment très vif de la reconnaissance envers celui qui leur a rendu d'éminents services. L'ingratitude prétendue du peuple envers ses chefs, dont ceux-ci aiment volontiers se plaindre, n'est bien souvent, en réalité, que le résultat d'intrigues menées au niveau des chefs eux-mêmes, entre les chefs, pour s'assurer la suprématie ; si le peuple n'était pas dupé par elles, il saurait fort bien manifester sa gratitude avec constance et fidélité, (Cf. R. Michels : *Les partis politiques — Essai sur les tendances oligarchiques des démocraties*).

Il est des exceptions dont la plus célèbre est sans doute Churchill en 1946 (peut-être le peuple anglais est-il moins vulnérable aux sirènes de la personnalisation du pouvoir). Mais il en est aussi des illustrations : le général de Gaulle est venu au pouvoir en 1958 en partie grâce au souvenir des années 1940-1944 (en partie seulement, car il avait également derrière lui nombre d'anciens pétainistes...).

résultat ne pouvant se révéler autre que bénéfique pour la nation. Une sorte d'infaillibilité s'attachera aux actes de celui qui a recouru avec succès à l'état de nécessité. On imputera la réussite à l'homme en l'opposant à l'échec auquel auraient conduit les institutions démocratiques. Le peuple abandonnera de bonne grâce son droit de participation ; l'Etat perdra son caractère démocratique.

2. — Ce risque est accru par l'écho que la propension des masses à s'en remettre à un homme trouve dans l'esprit de cet homme. Il n'est pas mauvais de rappeler une fois de plus la formule de Montesquieu, toujours d'actualité, que « tout homme qui a du pouvoir est porté à en abuser ». Un gouvernant qui a joui d'un pouvoir absolu et illimité pendant une durée que les circonstances ont pu amener à se prolonger ne s'en dessaisira qu'à regret et fera tout son possible pour en conserver le maximum. A la tendance des masses à abdiquer entre les mains des chefs correspond la tendance des chefs à assouvir leur volonté de puissance.

Celui qui aura recouru à l'état de nécessité éprouvera souvent quelque amertume à l'idée de quitter le pouvoir juste à une période où son exercice devenait plus facile. Se sentant investi du maximum d'autorité politique par suite du succès qu'il vient de remporter, il sera tenté d'user de toutes sortes de moyens pour demeurer au premier plan, un peu comme les vedettes du spectacle ou du sport. Et ce sera l'exploitation des services rendus dans les discours qu'il prononcera, les menaces de démission soigneusement calculées, les découragements simulés, bref toute cette mise en scène qui abuse l'opinion et lui fait croire que l'homme qui a sauvé le pays est irremplaçable (111).

Ce risque de personnalisation excessive sera certes diminué si l'homme au pouvoir a des convictions démocratiques profondément ancrées. Il se peut d'ailleurs que cet homme s'empresse de se décharger avec soulagement d'une responsabilité qu'il a senti peser lourdement sur ses épaules, et remette à la disposition du peuple un pouvoir qu'il avait toujours considéré comme provisoire. On ne peut manquer d'évoquer ici la figure de Cincinnatus retournant à sa charrue après avoir sauvé Rome...

Mais l'homme de bonne foi peut lui-même se laisser prendre aux charmes de l'adulation des foules. Le sentiment de fierté qu'il éprouve très légitimement devant une réussite à laquelle il n'osait pas trop croire pourra très vite s'enfler en une excessive satisfaction de soi. Le titulaire des pouvoirs de nécessité risquera de remonter de l'heureux succès des mesures de salut public à la supériorité de leur auteur sur la volonté populaire elle-même.

La tentation sera grande de considérer des vues personnelles

---

(111) Ce qui au fond finira par devenir exact... à la suite précisément de ces manœuvres dont le résultat aura été voulu et soigneusement calculé !

comme l'expression authentique du bien commun ou d'une volonté populaire implicite. De là à essayer de façonner l'expression de la volonté populaire dans le sens ainsi dégagé, il n'y a qu'un pas ; il sera très vite franchi. On s'engagera insensiblement dans la voie du césarisme, cette forme de régime qui se caractérise justement par l'avènement d'un homme providentiel porté au pouvoir par des masses avides de stabilité politique après une longue période de troubles.

3. — Deux exemples nous suffiront pour illustrer le danger de personnalisation excessive du pouvoir due à un recours à l'état de nécessité, celui de l'Allemagne de Weimar et celui de la France actuelle.

Il n'y a certes pas de commune mesure entre la nature et la gravité de leurs conséquences respectives — heureusement pour nous. Mais cette différence même montre que le risque de personnalisation excessive du pouvoir peut se réaliser aussi bien avec un titulaire des pouvoirs de nécessité qui met au premier plan le salut de la patrie et la grandeur de l'Etat qu'avec un homme avide de conquérir et d'exercer le pouvoir à son seul profit.

L'exemple de la République de Weimar ne semble pas, à première vue, confirmer notre analyse d'une personnalisation excessive du pouvoir issue d'un recours à l'état de nécessité. Le premier Président du Reich a utilisé l'état de nécessité pour tenter d'endiguer la montée du flot national-socialiste. Le titulaire des pouvoirs de nécessité était distinct de celui qui allait devenir dictateur ; mieux, il s'est montré son adversaire déterminé. Il n'y a donc pas de lien entre le recours à l'état de nécessité et la personnalisation excessive du pouvoir du côté des gouvernants.

Mais il y a, à notre sens, un lien du côté des gouvernés ; l'histoire de l'Allemagne de 1920 à 1933 illustre sur ce point nos développements antérieurs. Les recours à l'état de nécessité, dont la cadence est allée s'accélérant, ont préparé le terrain à la dictature. Le Reichtag s'est habitué à se voir dépouillé de ses prérogatives ; le peuple allemand surtout s'est accoutumé à ces substitutions de l'exécutif au législatif. Le Reichtag essaiera en vain de protester plus tard contre les usurpations ; il ne sera pas compris. Les masses ont trouvé normal le gouvernement personnel à force d'avoir considéré comme naturel le gouvernement personnalisé ; elles ont soutenu Hitler comme elles avaient soutenu Ebert (112).

La mise en vigueur de l'article 16 en 1961 et son application prolongée, tout en n'ayant pas de conséquences aussi dramatiques, ont cependant compromis l'avenir de la démocratie en France, en accroissant une personnalisation du pouvoir qui n'avait que trop tendance à devenir excessive.

---

(112) Pour plus de détails sur cette question. Cf. Lamarque (article précité). R.D.P. 1961, pp. 584-585 et la bibliographie citée en note.

Le général de Gaulle a tiré de sa victoire sur le putsch d'avril 1961 un prestige considérable, encore augmenté par l'orchestration de son action rendue possible par l'utilisation de l'article 16 (113). Ce prestige personnel a d'abord contribué à abaisser encore aux yeux de l'opinion un Parlement déjà bien diminué. Il a eu pour effet, ensuite et surtout, de fausser profondément le sens d'une institution extrêmement démocratique : le referendum. Le Président de la République fort de la confiance que le peuple lui accorde à titre personnel y a eu recours de façon abusive, cherchant bien davantage à façonner la volonté populaire qu'à la faire s'exprimer réellement, à emporter l'adhésion qu'à susciter la réflexion.

L'usage de l'article 16 n'est sans doute pas la seule cause de cette situation. Mais il en est probablement la principale ; il a à tout le moins servi de catalyseur à des tendances diffuses. Il est responsable pour une bonne part d'un enchaînement de circonstances qui peuvent à terme conduire réellement à ce vide politique dont le Président de la République agite si souvent l'épouvantail. Un nombre suffisant de voix autorisées dénonce périodiquement le danger de cet abandon confiant entre les mains d'un seul homme pour que nous puissions le faire à notre tour sans manquer à l'objectivité.

La démocratie française a rarement atteint un tel degré de personnalisation du pouvoir. C'est que, jusqu'ici, elle n'avait pas connu le recours à l'état de nécessité sauf à des périodes très brèves ou de façon indirecte : l'hostilité de la tradition démocratique envers toute réception de l'état de nécessité y a entraîné, comme dans toutes les démocraties occidentales, un certain nombre de conséquences qui ont eu pour effet de freiner le recours à cette institution.

(113) Cf. en particulier le message à la Nation...

Chapitre II

LES CONSEQUENCES DE L'HOSTILITE

L'hostilité de la tradition démocratique à toute réception de l'état de nécessité ne pouvait manquer de se traduire sur le plan de l'organisation constitutionnelle. Elle y a entraîné des conséquences d'autant plus importantes qu'elle repose sur des raisons extrêmement sérieuses.

Elle se manifeste d'abord dans certains Etats par l'absence de toute consécration constitutionnelle de l'état de nécessité. Ce silence — le minimum que l'on puisse attendre d'un Etat qui se réclame de la tradition démocratique — rappelle, par son inspiration, les silences doctrinaux ; il peut, comme eux, être lourd de signification.

Nous ne nous y attarderons pas cependant, pour deux raisons. La première est que l'étude d'un procès-verbal de carence est amenée à tourner court assez rapidement, à moins qu'on ne s'y livre à l'énumération — interminable et combien fastidieuse ! — des Etats qui ne consacrent pas l'état de nécessité dans leur système constitutionnel ; il est plus facile, de ce point de vue, de dresser la liste de ceux qui le consacrent... La seconde est que l'absence de disposition constitutionnelle prévoyant le recours à l'état de nécessité peut ne pas signifier que l'Etat en cause est absolument et irréductiblement opposé à toute concentration spontanée des pouvoirs dans un but de salut public ; elle peut simplement se rattacher à une prise de position sur l'inopportunité d'inscrire noir sur blanc la possibilité, pour un organe constitutionnel, de recourir à l'état de nécessité. C'est là une question détachable du problème qui nous occupe ici ; elle obéit à des considérations un peu différentes que nous exposerons plus tard (1). Un tel silence traduit une certaine réserve envers l'état de nécessité ; il empêche sa réception intégrale, mais il laisse subsister la possibilité d'une réception au moins partielle.

Il n'en va pas de même des Etats dont la constitution proscrit

(1) Ci-dessous, p. 192 et s.

de façon très énergique le recours à l'état de nécessité (2). Ils sont nombreux, et nous n'en citerons que des exemples.

La France a connu à deux reprises une telle interdiction. L'article 14 de la Charte de 1814 fut modifié, après la Révolution de 1830 (3), par suppression de toute allusion à la sûreté de l'Etat ; l'interdiction absolue de suspendre les lois et de dispenser de leur exécution la remplaça. La constitution de 1848 reprit la même défense en des termes tout aussi catégoriques (4).

A l'étranger, l'article 67 de la constitution belge du 7 février 1831 (toujours en vigueur) dispose que :

> « Le Roi fait des règlements et arrêtés nécessaires pour l'exécution des lois, sans pouvoir jamais, ni suspendre les lois elles-mêmes, ni dispenser de leur exécution. »

La formule est calquée mot pour mot sur l'article 13 (ex-article 14) de la Charte après 1830. L'article 130 le complète par cette phrase lapidaire :

> « La constitution ne peut être suspendue en tout ou en partie. »

L'article 35 de la constitution hellénique du 23 mai 1911 était rédigé de manière analogue (5). Et l'on pourrait citer encore un certain nombre d'autres dispositions du même ordre encore en vigueur ou relativement récentes (6).

Mais il ne s'agit toujours que d'une attitude négative. La tradition démocratique ne pouvait s'en contenter. Elle est allée plus loin, jusqu'à l'adoption de mesures constructives. Il est apparu à beaucoup d'Etats qu'une condamnation pure et simple de l'état de nécessité était insuffisante ; ils ont tenté de l'étayer en créant des techniques destinées à éviter qu'on ne recoure, malgré tout, à l'état de nécessité ; ces techniques peuvent être qualifiées de techniques de substitution.

---

(2) L'expression d'état de nécessité n'est pas toujours employée ; mais le contexte littéral et politique (notamment par les réminiscences des abus antérieurs dont font état les travaux préparatoires) ne laisse subsister aucune équivoque quant à l'intention des rédacteurs de ces textes de soumettre en tout état de cause l'exercice du pouvoir à un régime strict de légalité.

(3) L'interprétation abusive de l'article 14 (ci-dessus, p. 35) explique cette modification et en éclaire le sens.

(4) Article 51 « Il (le Président de la République) ne peut céder aucune portion du territoire, ni dissoudre ni proroger l'Assemblée Nationale, *ni suspendre, en aucune manière, l'empire de la constitution et des lois* ».

(5) Article 35 : « Le Roi promulgue les décrets nécessaires à l'exécution des lois. En aucun cas, il ne peut en suspendre l'action ni exempter quelqu'un de l'exécution de la loi. »

Ce texte a reçu lors de la révision constitutionnelle du 1er janvier 1952 une adjonction notable sur laquelle nous reviendrons (ci-dessous, p. 100) et qui accentue l'hostilité de la constitution envers l'état de nécessité.

(6) Luxembourg : Constitution du 17 octobre 1866, art. 36 et 113.
Turquie : Constitution du 20 avril 1924, art. 52 et 103.
Finlande : Constitution du 17 juillet 1919, art. 28.
Norvège : Constitution du 17 mai 1814, art. 17.

Cela peut paraître à priori paradoxal de présenter comme l'antithèse de la réception de l'état de nécessité l'adoption d'un certain nombre d'institutions qui ont un caractère dérogatoire et exceptionnel par rapport aux procédures démocratiques classiques et qui sont destinées à s'appliquer dans des périodes où l'urgence impose au pouvoir une action rapide et énergique. Il semblerait plutôt qu'un rapprochement avec l'état de nécessité s'impose, ne serait-ce que par l'analogie des circonstances de fait qui entourent la mise en œuvre des unes et de l'autre (7).

Mais ce rapprochement n'est qu'apparent. En réalité, c'est l'hostilité de la tradition démocratique envers toute réception de l'état de nécessité qui est à l'origine de l'élaboration des techniques de substitution. Les démocrates se sont rendu compte que l'organisation constitutionnelle de l'Etat démocratique pouvait se trouver mal adaptée dans certains cas graves et que cette inadaptation risquait d'entraîner une concentration spontanée des pouvoirs, incompatible avec la logique démocratique et dangereuse pour son avenir ; ils ont en conséquence cherché les moyens d'éviter à la fois la perte de l'Etat et le recours à l'état de nécessité.

Cette relation de cause à effet nous oblige à prêter beaucoup d'attention à ces conséquences de l'hostilité de la tradition démocratique. Un double intérêt s'attache, pour nous, à l'étude de ces techniques de substitution (8).

Nous pourrons en premier lieu mesurer combien cette hostilité est vive en constatant avec quel soin ces techniques ont été élaborées et avec quelle facilité elles se sont multipliées et diversifiées. La tradition démocratique a vraiment déployé des trésors d'imagination d'une fertilité insoupçonnée pour éviter le recours à l'état de nécessité.

L'existence de ces techniques de substitution pose, en second lieu, une question capitale pour la réception de l'état de nécessité en démocratie. Elle amène à se demander si l'hostilité de la tradition démocratique envers l'état de nécessité a pu efficacement résoudre le problème de la sauvegarde de l'Etat démocratique en temps de crise. Les techniques de substitution sont-elles réellement suffisantes pour assurer la protection de l'Etat menacé ? Dans l'affirmative, l'état de nécessité n'aurait plus qu'à s'effacer devant elles et sa réception deviendrait inutile. Il est donc indispensable d'étudier le fonctionnement de ces techniques pour en apprécier l'efficacité et justifier, le cas échéant, la poursuite de notre étude en concluant à leur insuffisance.

La plupart des Etats démocratiques ont eu recours successivement — et parfois cumulativement — à deux sortes de techniques de substi-

---

(7) Ce rapprochement a parfois entraîné une assimilation totale par voie d'extension de la notion d'état de nécessité. Cf. notamment la conception de Lamarque (article précité, R.D.P. 1961, p. 558).

(8) Indépendamment de la nécessité de clarifier la situation en marquant bien les différences entre l'état de nécessité et ces techniques de substitution souvent confondues avec lui.

tution, en fonction de la conjoncture dans laquelle leur hostilité s'est exprimée.

En période vraiment normale, la tradition d'hostilité revêt un caractère général et en quelque sorte latent ; sa force réside davantage dans sa constance que dans sa vivacité. Elle entraîne alors l'élaboration et l'adoption de techniques permanentes valables, dans l'esprit de leurs promoteurs, pour faire face à n'importe quelles circonstances de crise.

L'attitude des démocrates se modifie quelque peu en période troublée, lorsque des menaces de crise se font jour. Leur hostilité se renforce à l'encontre d'un recours à l'état de nécessité dont la perspective se rapproche. Elle les conduit à perfectionner le système général et permanent de défense par des mesures spécialement destinées à s'appliquer aux circonstances présentes.

Section I

LES CONSEQUENCES DE L'HOSTILITE LATENTE : LES DISPOSITIONS PERMANENTES

Il est apparu aux démocrates que le moyen le plus facile et le plus sûr d'éviter le recours à l'état de nécessité était d'envisager à l'avance et in abstracto (9) l'hypothèse d'une crise et de prévoir pour ce moment un aménagement des institutions constitutionnelles, tout en respectant le cadre démocratique de l'Etat. Or l'un des éléments les plus importants de ce cadre, le principe de légalité, est la principale cause de vulnérabilité des Etats démocratiques. C'est donc lui que les dispositions permanentes ont pour objet d'assouplir. Deux possibilités s'ouvrent pour atteindre ce résultat.

Il est tout d'abord possible de donner à l'exécutif une liberté de mouvement plus grande en reculant les limites de la légalité. Ce que nous appellerons, faute de terme plus approprié, les législations de crise, cherchent précisément à tracer, à l'avance, le cadre élargi dans lequel l'exécutif agira en temps de crise.

On peut ensuite faciliter l'élargissement du bloc de la légalité en permettant d'opérer plus rapidement les modifications imposées par les circonstances. C'est dans cette direction que s'orientent certaines constitutions en prévoyant des procédures législatives simplifiées pour les périodes de crise.

---

(9) C'est en cela qu'il s'agit de dispositions permanentes.

§ 1. — *Les législations de crise.*

L'institution d'une législation spéciale aux temps de crise est la plus ancienne des techniques de substitution connues des Etats démocratiques qui voulaient éviter de recourir à l'état de nécessité. Elle est apparue dès le stade de l'Etat constitutionnel, donc en même temps que les premières manifestations de l'idée démocratique ; elle a subsisté malgré l'apparition de techniques plus perfectionnées dans les démocraties d'aujourd'hui.

C'est également une technique très répandue. Presque tous les Etats la connaissent, sous des formes diverses (10) mais qui comportent toutes un certain nombre de points communs fondamentaux par-delà leurs divergences de détail.

Tous ces points communs — qui seuls nous retiendront ici — montrent que les législations de crise sont, du point de vue de la démocratie, l'antithèse de l'état de nécessité. C'est un système qui maintient l'exercice du pouvoir dans un cadre juridique préétabli et déterminé, au moins indirectement, par la volonté générale. Il évite les risques d'une utilisation trop fréquente grâce à des conditions strictes d'application et ceux d'une personnalisation excessive du pouvoir grâce à des effets relativement limités.

A. — *Conditions d'application des législations de crise.*

Les conditions d'application des législations de crise sont en apparence très proches de celles du déclenchement de l'état de nécessité (11). Mais nous verrons, après avoir relevé les points de confusion possibles, qu'une différence essentielle subsiste, qui empêche toute assimilation des deux procédés.

1. — Une certaine similitude apparaît entre les législations de crise et l'état de nécessité quant à leurs conditions objectives et subjectives d'application.

Les conditions objectives de l'application des législations de crise ne sont pas nettement définies dans la plupart des démocraties occidentales. Les circonstances qui motivent la déclaration de l'état de

---

(10) Il y a en particulier de nombreuses différences entre la loi martiale des pays anglo-saxons et l'état de siège (ou situations similaires telles que situation extraordinaire, état d'urgence, organisation de la Nation pour le temps de guerre...) des pays de droit codifié. Cf. C.J. Friedrich : *La démocratie constitutionnelle*, p. 390 et s.

(11) Nous ne ferons l'étude détaillée de ces dernières que dans le titre I de notre seconde partie. Il nous est néanmoins possible de faire dès à présent la comparaison sur ce point avec les législations de crise car les éléments de définition analysés dans notre introduction nous fournissent des indications suffisantes.

siège ou de l'état d'urgence ne sont pas déterminées avec précision dans les textes. Ceux-ci contiennent bien une description de la situation qui justifie leur mise en œuvre, mais les termes employés sont suffisamment vagues et compréhensifs pour recouvrir l'ensemble des circonstances critiques dans lesquelles l'Etat peut se trouver plongé (12) ; ils ne constituent pas une véritable limite objective.

Celle-ci existe encore moins pour la proclamation de la loi martiale. Il ne s'agit même plus en effet d'un texte de loi mais seulement, en Grande-Bretagne, « du droit coutumier de la Couronne ou de ses représentants d'opposer la force, en cas d'invasion ou d'insurrection, et d'agir contre les rebelles de la même façon que contre les envahisseurs » (13). Et la doctrine et la jurisprudence, qui ont cherché à définir cette situation, l'ont fait de plus en plus largement : à l'origine, il fallait une guerre qui ait eu pour effet de paralyser le fonctionnement normal des cours de justice sur une portion déterminée du territoire (14) ; aujourd'hui, il suffit que l'on soit en période de guerre. L'application de la loi martiale n'est pas soumise à des exigences plus strictes aux Etats-Unis, bien qu'il s'agisse cette fois d'un pays de droit écrit (15).

Les conditions objectives qui permettent le déclenchement de l'état de nécessité ne sont définies ni plus ni moins précisément ; et qui plus est, elles se formulent dans des termes très voisins, parfois même identiques. L'état de nécessité et les législations de crise ne se différencient donc pas sur ce point (16).

---

(12) Article I[er] de la loi française du 8 août 1849 sur l'état de siège : « L'état de siège ne peut être déclaré qu'en cas de péril imminent pour la sécurité extérieure ou intérieure. »

Article I[er] de la loi française du 11 juillet 1938 sur l'organisation de la nation pour le temps de guerre :

« ...soit dans le cas d'agression manifeste mettant le pays dans la nécessité de pourvoir à sa défense, soit dans les cas prévus dans le Pacte de la Société des Nations, soit en période de tension extérieure lorsque les circonstances l'exigent... »

Article I[er] de la loi française du 3 avril 1955 sur l'état d'urgence : « L'état d'urgence peut être déclaré... soit en cas de péril imminent résultant d'atteintes graves à l'ordre public, soit en cas d'événements présentant par leur nature et leur gravité le caractère de calamités publiques. »

(13) Selon les termes de Sir James Fitzjames Stephen, cité par C.J. Friedrich : *La démocratie constitutionnelle*, p. 391.

(14) Et la loi martiale ne pouvait être proclamée que dans cette région seulement.

(15) La constitution prévoit dans la section IX de l'article I[er] : « Le privilège du droit d'habeas corpus ne pourra jamais être suspendu, à moins que le salut public ne l'exige, dans le cas de rébellion ou d'invasion. » La loi martiale s'accompagne généralement de la suspension de l'habeas corpus. C'est donc que ses conditions objectives d'application sont « les exigences du salut public en cas de rébellion ou d'invasion », indication toute générale...

(16) On peut tout au plus noter une légère tendance des législations de crise à se montrer parfois plus restrictives ; mais cette tendance est trop diffuse pour constituer une véritable différence, d'autant plus qu'elle ne vaut que pour certaines législations de crise.

Ils semblent également se rapprocher beaucoup en ce qui concerne leurs conditions subjectives d'application. Nombre de législations de crise peuvent entrer en vigueur sur décision d'un organe exécutif (17). Le Président des Etats-Unis (18) s'est vu reconnaître depuis longtemps le droit de proclamer la loi martiale et d'accroître en conséquence les compétences d'exécution des autorités militaires placées sous son commandement par l'adoucissement du caractère impératif du Bill of Rights (19). L'article 3 de la loi française de 1849 prévoyait, à titre subsidiaire il est vrai, une proclamation de l'état de siège par le Président de la République en Conseil des Ministres. L'article 36 de la constitution de 1958 a repris cette disposition, à titre principal cette fois (20).

Dans tous ces cas, c'est la même autorité qui décide de l'application des législations de crise et qui bénéficie de l'extension de pouvoirs qu'elle implique. Cette identité de sujet rappelle le caractère spontané de la concentration de pouvoirs réalisée par le recours à l'état de nécessité.

Mais cette identité est une exception, et une exception tellement stricte que, finalement, les conditions subjectives d'application contribuent bien plus à opposer les législations de crise à l'état de nécessité qu'à autoriser la confusion entre les deux techniques.

2. — Il appartient normalement au Parlement, organe distinct de celui qui bénéficie de l'extension de pouvoirs, de mettre en application les législations de crise. Dans certains cas, ce droit lui est reconnu à titre exclusif. Il en allait ainsi, par exemple, de la loi française du 3 avril 1955 sur l'état d'urgence : celui-ci ne pouvait être déclaré que par une loi, le Gouvernement disposant seulement du droit d'édicter les mesures d'application (21 et 22).

Dans d'autres hypothèses, la mise en application des législations de crise, tout en n'étant pas réservée au seul Parlement, en relève tout de même à titre principal ; l'exécutif ne joue en ce domaine qu'un rôle exceptionnel et toujours provisoire. Ceci est particulièrement net dans la législation française sur l'état de siège. L'article 2 de la loi de 1849 édictait : « L'Assemblée Nationale peut seule déclarer l'état de siège » et la réforme du 3 avril 1878 précisait : « une loi

(17) Cela résulte des textes de ces législations eux-mêmes ou de ceux des constitutions qui en prévoient les principes fondamentaux.

(18) Ou éventuellement le gouverneur d'un Etat.

(19) A. et S. Tunc : *Le système constitutionnel des Etats-Unis d'Amérique*, t. II, n° 204.

(20) « L'état de siège est décrété en Conseil des Ministres... »

(21) Enumération des portions de territoire où s'appliquera la loi par exemple...

(22) Une ordonnance du 15 avril 1960 (J.O. du 17 avril, p. 3584) est venue modifier l'article I[er] de la loi du 3 avril 1955 pour aligner la procédure de déclaration de l'état d'urgence sur celle de l'état de siège (décret en Conseil des Ministres).

peut seule déclarer l'état de siège. » Le Président de la République n'avait ce droit que dans le seul cas où les Chambres étaient ajournées (23), et il agissait alors en remplacement des Assemblées et non en tant que bénéficiaire d'un pouvoir propre (24). La constitution de 1958 a renversé ce principe mais seulement jusqu'à un certain point : la prorogation de l'état de siège (décrété en Conseil des Ministres) au-delà de douze jours ne peut être autorisée que par le Parlement, qui conserve donc le pouvoir de décision dans les cas les plus graves.

Le Président des Etats-Unis a sur la proclamation de la loi martiale des pouvoirs plus étendus que le Gouvernement français, mais il semble bien qu'il les tienne d'une délégation tacite, ou tout au moins d'une tolérance, de la part du Congrès et non en vertu d'un droit propre que lui conférerait directement la constitution. La suspension de l'habeas corpus, indispensable à une application efficace de la loi martiale, reste de la compétence du Congrès ; c'est lui qui détient le pouvoir réel de décision relatif à l'application de la législation de crise.

Les législations de crise se distinguent donc généralement de l'état de nécessité par leurs conditions d'application, en ce sens que leur entrée en vigueur n'est pas en principe l'œuvre de l'organe auquel elles confèrent des pouvoirs accrus.

La Grande-Bretagne échappe seule à cette règle. La loi martiale n'y est pas proclamée par voie générale, à la différence des Etats-Unis. L'expression « loi martiale » n'y désigne que la survenance de circonstances de fait appréciées par les autorités publiques dès lors qu'elles ont une quelconque responsabilité dans le maintien de l'ordre ou l'organisation de la défense. Il semble donc qu'on se rapproche de l'état de nécessité puisque fait ici défaut la garantie essentielle de ce type de technique de substitution : l'intervention préalable d'un organe autre que celui qui bénéficiera de l'accroissement de pouvoirs. Mais le rapprochement ne va pas plus loin ; il se heurte à l'existence d'une différence entre les législations de crise et l'état de nécessité sur le plan de leurs effets.

---

(23) En fait l'état de siège a été proclamé en 1914 par décret le 3 août, suivi d'une loi le 5, et en 1939 par décret-loi.

(24) La preuve en est d'une part que (loi du 3 avril 1878, art. 2) les chambres se réunissaient de plein droit deux jours après et recouvraient la plénitude de leurs attributions en la matière et d'autre part que la mise en vigueur de l'état de siège par le Président de la République était impossible (sauf en cas de guerre étrangère et avec un certain nombre de garanties de fond et de forme) si les Chambres ne pouvaient se réunir pour une raison quelconque (dissolution notamment).

B. — *Effets de l'application des législations de crise.*

L'application de l'état de siège ou de la loi martiale entraîne une situation radicalement différente de celle qui naît du recours à l'état de nécessité. L'idée qui est à la base de l'adoption des législations de crise — l'hostilité envers l'état de nécessité — ne pouvait conduire qu'à des effets entièrement opposés à ceux de l'état de nécessité par rapport à l'ordre juridique de l'Etat démocratique.

L'état de nécessité a une double conséquence : il écarte l'application de l'ordre juridique normalement en vigueur et il y substitue soit l'illégalité pure et simple, soit un droit nouveau provisoire ou définitif né des circonstances (25). La mise en application des législations de crise comporte la première de ces conséquences mais non la seconde. Elle n'écarte l'ordre juridique en vigueur que pour le remplacer par un régime de légalité spécialement élaboré pour les moments de crise ; elle n'entraîne donc ni une illégalité, ni une légalité de circonstances puisque c'est un droit adopté à l'avance selon les procédures démocratiques qui s'applique.

Cette affirmation, très facile à justifier pour les législations de type état de siège, est tout aussi exacte pour les législations de type loi martiale si on prend soin de les replacer dans le contexte du système de droit en vigueur dans les Etats qui les connaissent.

1. — J. Barthélémy a développé, dans un commentaire de la situation juridique de la France au regard du droit public après un an de guerre (26), des considérations générales sur ce type de technique de substitution. Il a montré en quelques lignes comment elles s'inséraient dans l'évolution des Etats démocratiques modernes :

> « Il y a eu d'abord » (pour réaliser un élargissement du domaine de l'exécutif) « la mise en œuvre de la législation permanente élaborée en temps normal en vue des périodes de crise. — C'est en effet un des résultats les plus caractéristiques du progrès de l'idée de droit, que la crise elle-même est à l'avance réglementée. — La première étape du constitutionnalisme consiste évidemment à limiter le pouvoir pour les périodes normales : mais, dans cette période du constitutionnalisme naissant, la survenance d'une crise intérieure ou extérieure faisait abandonner dans l'intérêt de l'ordre ou de la victoire toutes les règles établies

(25) Selon la position adoptée vis-à-vis de la réception de l'état de nécessité. Nous estimons, pour notre part, que l'état de nécessité substitue au droit en vigueur un droit nouveau mais provisoire. (Ci-dessous, p. 176 et s.)

(26) Plus précisément de la mise en « état de siège » et en « état de guerre » de la totalité du territoire français pour la durée entière des hostilités.

pour les périodes tranquilles ; ainsi la survenance d'une crise amenait, pour toute sa durée, un retour momentané au régime antérieur à la constitution, au despotisme, au pouvoir absolu.

Mais le progrès du constitutionnalisme moderne a conduit à établir à l'avance une sorte de droit public des périodes de crise, à tenter par conséquent la conciliation entre les droits des citoyens et les exigences de la discipline exceptionnelle des temps troublés. Une législation de prévoyance rédigée en période de calme a des chances d'être convenablement élaborée ; elle présente aussi l'avantage de prévenir les citoyens des sacrifices qui leur seront demandés au moment de la crise » (27).

L'auteur tire ensuite de ces considérations générales les deux principes qui lui paraissent caractéristiques de l'état de siège et qui le différencient de l'état de nécessité :

« ... 1°) la suspension des règles normales de droit public ne résulte pas du seul fait de l'explosion de la crise ; il faut que la nécessité de cette suspension soit expressément constatée par l'autorité la plus haute du pays : cette constatation officielle, c'est aujourd'hui la déclaration de l'état de siège » (28).

« 2°) Cette constatation officielle de l'état de siège n'a pas pour effet d'établir ce que l'on appelait autrefois la dictature, c'est-à-dire la complète suspension du régime de légalité : *le régime spécial aux périodes de crise est encore un régime légal* » (29).

Nézard allait développer cette dernière idée quelques années plus tard, à un moment où il disposait de l'ensemble des expériences française et étrangères de la première guerre mondiale.

« On a dit parfois que le gouvernement arbitraire était rétabli par la mise en état de siège d'un territoire : c'est la « dictature » déclarait Dufaure ou la « mise hors la loi » affirmait Montalivet à l'Assemblée Nationale le 7 août 1849... Mais de nos jours, le régime de légalité n'est même pas suspendu par l'état de siège... L'état de siège ne cesse pas d'être un *régime de légalité* (30) : l'article II de la loi de 1849 spécifie que les citoyens continuent nonobstant l'état de siège à exercer tous ceux des droits garantis par la constitution dont la jouissance n'est pas suspendue

---

(27) J. Barthélémy : *Notes sur le droit public en temps de guerre* », R.D.P. 1915, p. 136.

(28) Qui relevait du Parlement à l'époque (ci-dessus, p. 85).

(29) Article précité, p. 137. Cf. également G. Jeze : *Note de jurisprudence sur l'interprétation de la loi sur l'état de siège par le Conseil d'Etat* (R.D.P. 1915, p. 700) : « L'état de siège est un régime de légalité : les actes des autorités militaires sont soumis au contrôle juridictionnel. »

(30) Souligné dans le texte.

par la loi ; toutes les décisions de l'autorité militaire sont soumises au contrôle juridictionnel du Conseil d'Etat... » (31).

Bien d'autres auteurs ont écrit en ce sens (32).

Duguit a insisté sur un autre aspect de cette idée et a contribué aussi à montrer la différence entre les effets de la loi sur l'état de siège et les effets de l'état de nécessité (33). Il fait remarquer que l'article 9 de la loi de 1849 (y incluses les modifications ultérieures) ne donne aucunement au Gouvernement le pouvoir d'édicter des dispositions législatives nouvelles, ni même de modifier ou de suspendre des lois en vigueur. Les seules modifications aux lois normales sont celles qui sont inscrites dans le texte de 1849. Le droit qu'il renferme est donc bien un droit d'origine légale antérieur aux circonstances de crise. Le Gouvernement titulaire d'un accroissement de pouvoirs, d'ailleurs assez faible, se meut dans un cadre légal établi à l'avance par un organe constitutionnel autre que lui-même. Il se heurte, dans l'exercice de ses pouvoirs, à une volonté autre que la sienne, dont dépend à la fois la jouissance et l'étendue de ces pouvoirs. Il n'y a donc rien de commun entre ce régime et l'état de nécessité, où le titulaire des pleins pouvoirs apparaît comme la seule source de sa propre compétence et le juge exclusif de son exercice, au moins provisoirement.

Nous avons choisi certes, avec l'exemple de l'état de siège, un régime particulièrement restrictif de l'accroissement des pouvoirs de l'exécutif en temps de crise (34). Mais l'état d'urgence, plus large à ce point de vue, n'entraîne pas une situation différente quant à sa nature. Il écarte un nombre plus grand de dispositions légales garantissant les libertés publiques (35), mais le principe reste le même d'une légalité prédéterminée qui s'impose au Gouvernement ; les limites de cette légalité ont seulement été reculées.

2. La mise en application de la loi martiale a-t-elle un effet identique ? La réponse semble négative à première vue : l'application

---

(31) Esmein : *Eléments de droit constitutionnel français et comparé*, 8e éd. revue par Nézard, t. I, pp. 30-32, note 84.

(32) Barthélémy et Duez : *Traité de droit constitutionnel*, 1933, p. 759 : « Il y a suppression des effets *normaux* de la loi qui résulte de la proclamation de l'état de siège, laquelle donne ouverture à l'application d'un régime légal exceptionnel. »

Waline : *Traité de droit administratif*, 9e éd., n° 1101.

Vedel : *Droit administratif*, coll. Thémis, 2e éd., p. 205.

(33) Traité de droit constitutionnel, 3e éd., t. III, p. 752.

(34) Il est certain que la réforme de l'état de siège intervenue en 1878 a été inspirée par la méfiance envers le Président de la République (le souvenir du 16 mai était encore vif...) beaucoup plus que par la volonté d'adapter l'Etat démocratique aux situations de crise.

(35) Cf. R. Drago : *L'état d'urgence et les libertés publiques*, R.D.P. 1955, p. 670 et s.

L. Siorat : *Les sujétions imposées aux citoyens par la défense nationale*, R.D.P. 1960, pp. 472-475.

de la loi martiale paraît entraîner la suspension de toute légalité puisque cette loi n'est pas un texte et que, par conséquent, elle ne saurait contenir l'énumération écrite et limitative des pouvoirs accordés aux autorités gouvernementales et administratives, civiles et militaires.

Mais juger ainsi serait se comporter en juriste continental et transposer à la Grande-Bretagne des principes qui ne lui sont pas applicables. Ce serait oublier que le droit anglo-saxon, pour coutumier qu'il soit, n'en est pas moins un droit et que la légalité de ces pays est une authentique légalité. C.J. Friedrich a fait remarquer avec raison que :

> « Les différences entre loi martiale et état de siège sont fondamentalement liées aux différences entre un système de droit judiciaire (common law) et un système de droit codifié. Le concept de la loi martiale n'est compréhensible que si on se rapporte au système de souveraineté de la loi qu'il remplace » (36).

Certes, il n'y a...

> « ... pas de limite à l'action des autorités qui exercent cette dictature constitutionnelle, si elles se montrent capables après coup de convaincre les Cours de la nécessité de leur intervention » (37).

mais cela n'implique pas la suppression de toute limite *extérieure* à la volonté de ces autorités, pas plus que ne l'implique l'absence de conséquence bien définie de la proclamation de la loi martiale (lorsqu'il y en a une). Il existe bien dans les pays de loi martiale une « légalité de crise » ; elle résulte des décisions des tribunaux qui en tracent le contour. Cette situation n'a rien d'extraordinaire, elle s'insère dans le système juridique général anglo-saxon.

Le parallélisme entre la loi sur l'état de siège et la loi martiale demeure donc valable : dans le premier cas, la législation de crise est d'origine légale et écrite, dans le second d'origine jurisprudentielle et coutumière. Mais cela constitue l'application des principes généraux qui régissent respectivement les démocraties anglo-saxonnes et continentales, le droit coutumier pour les premières, le droit écrit pour les secondes. Dans les deux cas c'est l'étendue des pouvoirs de l'exécutif qui varie mais non leur source ou leur nature.

On pourrait tout au plus faire remarquer que les législations de crise type « loi martiale » se rapprochent assez fortement de l'état de nécessité quant au degré de l'extension de pouvoirs qu'elles réalisent au profit de l'exécutif — mais jamais quant à sa nature. Une certaine souplesse est peut-être commune aux deux procédés, sans plus.

Cette souplesse est apparue à certains pays de droit écrit comme une qualité précieuse en cas de crise. Ils ont cherché à l'atteindre

---

(36) *La démocratie constitutionnelle*, p. 391.
(37) Même référence.

par l'emploi d'une autre technique permanente de substitution qui permet de réaliser aussi une extension des pouvoirs de l'exécutif : les procédures législatives simplifiées.

§ 2. — *Les procédures législatives simplifiées.*

Les législations de crise ont présenté, à l'usage, l'inconvénient d'une trop grande rigidité. La tradition démocratique s'est alors orientée dans une autre direction. Elle a conservé la limite préalablement déterminée à l'action de l'exécutif dans laquelle elle voyait la garantie du respect de la souveraineté populaire. Mais elle l'a appliquée à la procédure destinée à tracer le cadre des pouvoirs de crise, et non plus au cadre lui-même. Elle a prévu des procédures législatives simplifiées en cas de crise, afin de permettre une adaptation plus facile de la légalité.

Le mouvement de simplification des procédures législatives dépasse très largement les hypothèses de menaces graves contre l'État démocratique (38). Mais ses premières manifestations ont été particulièrement destinées à de telles hypothèses. Le principe de séparation des pouvoirs subsiste, mais aménagé différemment par rapport à la procédure législative normale. Trois procédés sont surtout employés, dont les deux derniers sont de conception relativement moderne : ce sont — en s'écartant de plus en plus des modes habituels d'exercice de la fonction législative — les procédures d'urgence, la suppression temporaire du bicaméralisme et la législation provisoire par commission.

A. — *Les procédures d'urgence.*

L'instauration de procédures d'urgence constitue la forme la plus ancienne de simplification de la procédure législative (39) ; c'est pourquoi nous la mentionnons en premier. Mais cette technique ne peut suppléer que de très loin l'état de nécessité ; nous nous contenterons donc de montrer brièvement sa faible importance.

1. — Les procédures d'urgence consistent essentiellement dans une réduction des délais que la constitution accorde aux assemblées parle-

---

(38) C'est ainsi que l'Italie connaît normalement le système du vote des lois par les commissions législatives, que la France et bien d'autres Etats pratiquent, avec ou sans constitutionnalisation expresse, les lois-cadres...

Cf. F. Pierandrei : *Les commissions législatives du parlement italien*, Rev. Franç. de Sc. Pol. 1952, p. 557.

F. Goguel : *La procédure italienne du vote des lois par les commissions, ibidem* 1954, p. 836.

J. Charpentier : *Les lois-cadres et la fonction gouvernementale*, R.D.P. 1958, p. 220.

(39) Elle est l'œuvre de la constitution elle-même complétée par les règlements intérieurs des assemblées, ou l'œuvre de ces derniers seulement.

mentaires pour statuer sur les projets et propositions de lois. Elles sont mises en œuvre lorsque, de l'avis des assemblées elle-mêmes, l'adoption d'un texte ne souffre pas de retard.

Remarquons d'abord que l'urgence ne se confond pas avec la nécessité : il ne peut pas y avoir nécessité sans urgence, mais il peut y avoir urgence sans nécessité si la sauvegarde de l'Etat n'est pas en cause. Etat de nécessité et procédure d'urgence ont donc des objectifs qui ne se recouvrent pas entièrement. On peut simplement noter qu'en cas de péril grave mais prévisible la mise en œuvre de ces procédures peut parfois suffire à conjurer la menace à temps, surtout si elle est conjuguée avec des techniques de substitution non permanentes (40).

La procédure d'urgence n'améliore ensuite que de façon très minime la souplesse de la procédure législative. Ses effets se limitent à la technique juridique, ils n'atteignent jamais le plan politique : la répartition des compétences constitutionnelles demeure inchangée. La réduction des délais décidés par les Assemblées est tout au plus une forme d'auto-discipline (41). Il en irait différemment si c'était un organe exécutif qui avait le pouvoir de déclarer l'urgence ; mais aucune constitution ne prévoit cette éventualité (42), le gouvernement ne dispose que de moyens de pression trop indirects (43) pour être efficaces en cas de crise grave exigeant une action immédiate.

2. — L'importance des procédures d'urgence subit d'ailleurs un net déclin à l'heure actuelle parce que la loi a perdu son caractère d'expression solennelle de la volonté nationale.

A l'origine, la constitution impartissait aux assemblées un délai minimum de réflexion (44). L'instauration de procédures d'urgence était alors utile pour réduire ou même supprimer ce délai (45). Mais les lois étant devenues un moyen courant de gouvernement et leur

---

(40) Délégation législative votée avec la procédure d'urgence.

(41) Le raccourcissement des délais imposés au Chef de l'Etat pour promulguer un texte (art. 36 de la constitution française du 27 octobre 1946, art. 73 de la constitution italienne de 1948, art. 25 de la constitution irlandaise de 1937...) n'a aucun intérêt ici car c'est en général l'exécutif qui tend à précipiter le mouvement en cas de crise alors que l'intervention des assemblées le ralentit.

(42) A l'exception de l'article 45 de la constitution française de 1958 qui reconnaît au Gouvernement le droit de déclarer l'urgence et d'obliger ainsi les Assemblées en désaccord à ne délibérer qu'une seule fois avant que la commission paritaire de conciliation ne se réunisse. Mais il ne saurait s'agir d'une véritable technique de substitution étant donnée l'existence de l'article 16.

(43) Droit d'initiative (en pratique c'est toujours le Gouvernement qui demande l'urgence) et possibilité de poser la question de confiance sur l'urgence en régime parlementaire.

(44) Trois lectures à trois intervalles d'au moins huit jours dans la constitution française de 1791 (art. 4), d'au moins dix jours (devant les Cinq-Cents) et cinq jours (devant les Anciens) dans la constitution de l'an III. (art. 77 et 91).

(45) L'article II de la constitution de 1791 et les articles 81 et 91 de la constitution de l'an II les suppriment. L'article 42 de la constitution de 1848 supprime en cas d'urgence les trois délibérations à cinq jours d'intervalle prévus à l'article 41.

nombre s'étant accru, les facilités d'édiction sont passées au premier plan et les délais ont disparu. La procédure d'urgence a dès lors perdu beaucoup de sa raison d'être ; elle a cessé d'être inscrite dans les textes constitutionnels pour être laissée à la discrétion des assemblées dans leur règlement intérieur (46).

Seuls les Etats qui ont adopté le bicaméralisme et qui ont fixé à la seconde chambre un délai de décision, maximum cette fois, ont dû inclure une procédure d'urgence dans la constitution. Mais il n'existe que peu d'exemples en ce sens (47) ; l'expérience prouve au surplus que de telles dispositions ne sont pour ainsi dire jamais respectées.

Les constitutions qui consacrent le bicaméralisme préfèrent une autre solution plus radicale pour que l'existence d'une deuxième chambre n'alourdisse pas la procédure législative en temps de crise.

B. — *La suppression provisoire du bicaméralisme.*

L'article 81 de la Loi Fondamentale de la République Fédérale allemande offre un exemple très net de simplification de la procédure législative par suppression provisoire du bicaméralisme (48). Cet article instaure un « état de nécessité législative ». Nous allons voir, après une rapide analyse de ses dispositions, qu'il ne s'agit pas d'un véritable état de nécessité mais bien plutôt d'une technique de substitution.

1. — La volonté de restauration démocratique qui animait les constituants de Bonn les a conduits à adopter un régime qui se situe à mi-chemin entre le régime parlementaire et le régime d'assemblée (49). Mais hantés par le souvenir de la République de Weimar, ils ont voulu éviter que la Diète ne renverse un Chancelier et ne

---

(46) En France à partir de la constitution de 1852.

(47) On peut citer les articles 23 et 24 de la constitution irlandaise du 1er juillet 1937 et l'article 20 de la constitution française du 27 octobre 1946.

(48) Cet exemple est unique à notre connaissance. Cela s'explique assez facilement. Ou bien, pour les autres Etats, il s'agit d'un Etat dont la constitution est ancienne ; et il est alors très difficile de réduire les prérogatives traditionnelles d'une assemblée. Ou bien il s'agit d'un Etat qui vient d'adopter une constitution nouvelle ; il ne comportera le plus souvent qu'un bicaméralisme imparfait (Inde par exemple) en vertu du phénomène général du déclin du bicaméralisme (cf. Burdeau : *Traité de Science Politique*, t. VII, n° 163-164 ; Lafferrière : *Manuel de droit constitutionnel*, p. 634), et les constituants n'estimeront pas nécessaire (contrairement à ceux de Bonn) d'aller au-delà même en cas de crise. Signalons toutefois que l'article 33 de la constitution française de 1852 prévoyait que l'intervention du Sénat suffirait par des mesures d'urgence, sur proposition du gouvernement, à tout ce qui était nécessaire à la marche de l'Etat. Mais il s'agissait du seul cas où le Corps législatif était dissous.

(49) Sur les institutions allemandes, cf. A. Grosser : *La démocratie de Bonn* (1945-1957) et la bibliographie citée par Lamarque (R.D.P. 1961, p. 590 en note).

Cf. également J. Amphoux : *Le Chancelier Fédéral dans le régime constitutionnel de la République Fédérale d'Allemagne*, (les pages 472 et s. traitent spécialement de l'article 81).

soit ensuite dans l'incapacité de lui trouver un successeur. Ils ont donc imaginé (50) le système du vote de défiance « constructif » : le Chancelier ne peut être renversé que par une motion de censure contenant le nom du nouveau Chancelier.

Ce système ingénieux comportait un risque de blocage : un Chancelier qui n'aurait plus la confiance de la Diète, mais qui resterait en place faute de successeur, ne pourrait plus poursuivre sa politique puisque la Diète hostile lui en refuserait les moyens en repousant tous ses projets de loi. Les constituants ont prévu, pour remédier à cette impasse, que le Président Fédéral pourrait dissoudre la Diète, rendant ainsi le corps électoral arbitre du conflit (51). Mais la dissolution peut parfois être une mesure inopportune ; les constituants ont donc dû laisser au Président fédéral un pouvoir d'appréciation. Et c'est en prévision du cas où la dissolution ne serait pas prononcée qu'ils ont inséré l'article 81 (52).

L'état de nécessité législative peut être proclamé par le Président Fédéral, sur demande du Gouvernement Fédéral et avec l'assentiment du Conseil Fédéral, si la Diète a repoussé un projet que le Gouvernement Fédéral a déclaré urgent ou à propos duquel il a posé la question de confiance (53). La proclamation a pour effet immédiat de mettre la Diète en garde, et pour effet ultérieur de permettre l'adoption du projet avec l'assentiment du seul Conseil Fédéral si la Diète s'obstine explicitement ou implicitement dans son refus. La même

---

(50) Art. 67 et 68.

(51) Ce système a été jugé préférable, parce que plus démocratique, à celui qui a eu la faveur des constituants français en 1958 : l'adoption d'un projet de loi sur lequel est posé la question de confiance du seul fait de la non-adoption d'une motion de censure déposée contre lui.

(52) Article 81 : 1. — Si, dans le cas prévu à l'article 68, la Diète fédérale n'est pas dissoute, le Président fédéral peut, à la demande du Gouvernement fédéral et avec l'assentiment du Conseil fédéral, proclamer l'état de nécessité législative pour un projet de loi que la Diète fédérale a repoussé bien que le Gouvernement fédéral l'eût déclaré urgent. Il en est de même au cas de rejet d'un projet de loi auquel le chancelier fédéral avait joint la demande prévue à l'article 68.

2. — Si, après que l'état de nécessité législative a été déclaré, la Diète fédérale repousse à nouveau le projet de loi ou si elle l'adopte dans une rédaction que le Gouvernement fédéral à déclaré inacceptable, la loi est considérée comme adoptée du seul fait que le Conseil fédéral y donne son assentiment. Il en va de même lorsque la Diète fédérale n'a pas voté sur le projet dans un délai de quatre semaines, à compter de son dépôt à nouveau.

3. — Au cours de la durée des fonctions d'un même chancelier, tout autre projet de loi rejeté par la Diète fédérale peut également, dans un délai de six mois à compter de la première déclaration de l'état de nécessité législative, être voté dans les conditions définies aux alinéas 1 et 2. A l'expiration de ce délai, l'état de nécessité législative ne pourra pas être déclaré à nouveau pendant la durée des fonctions du même Chancelier.

4. — La présente Loi fondamentale ne peut être ni abrogée, ni modifiée, ni suspendue, en totalité ou en partie par une loi adoptée dans les conditions définies à l'alinéa 2.

(53) Ce qui veut dire qu'il considère ce projet comme vital, donc urgent.

procédure suffira pendant les six mois suivant la déclaration intiale pour tous les autres projets gouvernementaux rejetés par la Diète.

Tout se passera donc, pendant cette durée de six mois, comme si l'Etat n'avait à sa tête que l'exécutif d'une part et un parlement monocaméral de l'autre. La Diète fédérale disparaît en quelque sorte de l'arène politique, au moins en tant qu'organe doté d'un pouvoir de décision (54). Le Chancelier dispose d'une procédure législative plus rapide que la procédure normale puisqu'elle réduit le nombre des organes constitutionnels appelés à intervenir, et réalise ainsi une certaine concentration du pouvoir.

C'est en fonction de cette idée que l'on a qualifié la situation prévue et réglementée par l'article 81 d'état de nécessité législative. Est-ce à dire que cette similitude de terminologie — qui est presque une identité — correspond à une identité de nature avec l'état de nécessité proprement dit ? Il n'en est rien.

2. — Plusieurs auteurs, en particulier G. Burdeau (55) et J. Lamarque (56) se sont fondés sur l'analogie d'expression (très forte puisque les Allemands eux-mêmes emploient le mot « notstand ») pour considérer l'article 81 comme une application de l'état de nécessité (57). Cette position méconnaît à notre avis la nature de l'état de nécessité véritable. Celui-ci suppose une concentration spontanée et absolue des pouvoirs constitutionnels que l'état de nécessité législative de la Loi Fondamentale ne réalise pas.

Il existe d'abord des limitations rigides à l'exercice du pouvoir législatif par l'alliance du Gouvernement et du Conseil Fédéral (58). L'état de nécessité n'en contient pas de ce type. Ensuite et surtout, il est impossible de voir une application de l'état de nécessité dans un cas où l'édiction de mesures de nécessité législatives suppose l'intervention de deux organes constitutionnels aussi nettement distincts que le sont un gouvernement et une assemblée. Or l'article 81 prévoit cette double intervention aux deux stades de la procédure : pour la proclamation de l'état de nécessité et pour l'édiction de mesures législatives. La concentration des pouvoirs est donc très faible, et non spontanée.

La volonté des constituants de Bonn n'allait d'ailleurs pas dans le sens d'une réception de l'état de nécessité. La meilleure preuve en

---

(54) Cette disparition n'est cependant pas absolue : la Diète peut à tout moment reprendre sa place normale dans le fonctionnement des institutions en élisant un nouveau Chancelier.

(55) *Traité de science politique*, t. VII, n° 101. Il rapproche l'article 81 de l'article 48 de la constitution de Weimar.

(56) R.D.P. 1961, p. 590, avec quelque nuance sur l'assimilation des deux procédés.

(57) Ils ont mis en même temps en relief et les garanties sérieuses dont il est entouré, et les dangers (qu'ils ont exagéré semble-t-il) qu'il présente.

(58) Le Gouvernement ne peut ni modifier ni suspendre la Loi Fondamentale, ni prolonger le délai de six mois, ni recourir une seconde fois à cette procédure.

est que la procédure de l'article 81 n'est pas conditionnée objectivement par la survenance de circonstances extérieures au fonctionnement des institutions constitutionnelles qui mettent en péril l'existence de l'Etat démocratique.

La séparation n'est cependant pas absolue entre l'état de nécessité législative et l'état de nécessité véritable. Les constituants de Bonn ont bien pensé à l'état de nécessité en introduisant l'article 81 dans la Loi Fondamentale. Mais ils y ont pensé beaucoup plus par antithèse que par analogie : c'est en partie afin d'éviter que le besoin ne se fasse sentir de recourir à l'état de nécessité tel qu'il avait été prévu dans la constitution de Weimar (art. 48) qu'ils ont imaginé la procédure législative simplifiée de l'article 81.

L'état de nécessité législative apparaît comme une mesure préventive du recours à l'état de nécessité proprement dit en fonction des circonstances où il est appelé à jouer en fait. Le Président Fédéral peut certes, en théorie, solliciter du Conseil Fédéral la proclamation de l'état de nécessité législative à propos de n'importe quel texte. Mais ce serait politiquement absurde de la part du Chancelier de recourir à cette procédure tout de même gravement exorbitante de la normalité constitutionnelle pour un projet d'un intérêt minime. Il s'exposerait à un refus du Conseil Fédéral qui diminuerait encore son autorité ; et même en supposant que ce refus n'intervienne pas, le recours à l'article 81 serait susceptible d'hypothéquer gravement l'avenir en empêchant le Chancelier de l'utiliser plus tard dans des circonstances qui en vaillent la peine. L'état de nécessité législative ne jouera donc pratiquement que pour des projets d'importance dont le rejet entraînerait, de l'estimation du Chancelier, un risque grave de déséquilibre pour la vie nationale.

La volonté des constituants de rompre avec l'article 48 de la constitution de Weimar transparaît également dans le fait — *a priori* paradoxal (59) — que l'Assemblée mise en veilleuse est la Diète, Chambre du peuple, et non le Conseil Fédéral, Chambre des Lander. Les rédacteurs de la Loi Fondamentale ont espéré que le Conseil Fédéral serait une assemblée non politisée ou, en tout cas, politiquement moins divisée que la Diète (60). Ils ont aussi appliqué dans l'article 81 une idée qui les a inspirés de façon constante : le fédéralisme est une garantie contre la dictature. Ils ont associé à l'exécutif la Chambre qui apparaît la mieux armée pour lui résister le cas échéant, parce qu'elle représente les pays membres auxquels est confié l'essentiel de l'exécution des décisions du gouvernement central. On est à l'opposé de toute idée de concentration des pouvoirs.

La situation dans laquelle l'article 81 est appelé à fonctionner est

---

(59) Dans le phénomène général de déclin du bicaméralisme, c'est la Chambre des Etats qui a tendance à s'effacer (et qui s'efface partiellement dans l'art. 77 de la Loi Fondamentale elle-même).

(60) Ce qui s'est réalisé en fait, en deçà de leurs espérances cependant.

enfin une situation explosive en elle-même. La position difficile du Chancelier, parfois simplement préjudiciable au bon fonctionnement du régime parlementaire peut, dans certains cas, devenir catastrophique et menacer l'avenir de la démocratie. Il est permis de penser que le Président Fédéral qui a pour mission « d'observer et de défendre la Loi Fondamentale » (61), comme tout chef d'Etat parlementaire, et le Conseil Fédéral qui a pour rôle d'exercer une influence modératrice, comme toute seconde assemblée, ne doivent, dans l'esprit des constituants, le premier demander, le second accorder, le droit de proclamer l'état de nécessité législative que dans le cas de menace contre les institutions (62).

Tout ceci suffit à justifier amplement, nous semble-t-il, la nature de technique de substitution que nous reconnaissons au système instauré par l'article 81 de la constitution de la République Fédérale allemande. On peut seulement faire remarquer que c'est une technique encore assez lourde, et qu'elle ne pourra pas toujours suffire à éviter le recours à l'état de nécessité. D'autres Etats ont préféré alléger davantage la procédure législative en substituant une commission à l'assemblée.

C. — *La législation provisoire par commission.*

L'Italie est le seul Etat à avoir adopté jusqu'ici le système de la législation par commission en période normale. Beaucoup de constitutions ont en revanche consacré ce système, à titre provisoire, pour les périodes de crise. Le Gouvernement peut, en vertu de ces textes, modifier la législation existante avec l'accord d'une commission composée de représentants des assemblées ; celles-ci ne seront appelées à ratifier implicitement ou explicitement les mesures prises qu'ultérieurement. Il suffit, pour que cette procédure puisse être utilisée, que l'Etat soit mis en péril par la survenance d'événements imprévus auxquels les assemblées législatives ne peuvent pas faire face immédiatement et énergiquement (63).

Cette procédure présente une analogie certaine avec l'état de nécessité par ses conditions objectives d'application. Elle réalise d'autre part le maximum de concentration des pouvoirs que connaissent les procédures législatives simplifiées. Aussi ont-elles été souvent assimilées à l'état de nécessité.

J. Lamarque, en particulier, range en bloc comme « expressions constitutionnelles du droit de nécessité » (64) toute législation provisoire édictée par le Gouvernement, que ce soit avec intervention

(61) Texte du serment prêté devant les deux chambres (art. 56).

(62) Le terme de menace devant naturellement être entendu dans un sens assez large.

(63) En général parce qu'elles ne sont pas en session et que la convocation d'une session extraordinaire demanderait des délais trop longs.

(64) Article précité, R.D.P. 1961, p. 576 et s.

« préventive » d'un organe émanant des assemblées, ou proprio motu sous réserve d'un contrôle seulement postérieur. Il estime que la première procédure « établit un système beaucoup plus respectueux des formes démocratiques et de la représentation populaire » (65), ce qui est vrai ; il en déduit que l'état de nécessité exige, pour être conforme à la tradition démocratique, « que ce ne soit pas un seul homme qui décide discrétionnairement du caractère anormal de la situation et soit investi des pouvoirs de crise » (66). Cette dernière proposition est beaucoup plus discutable : la tradition démocratique a effectivement cherché à éviter la concentration spontanée des pouvoirs entre les mains d'un seul organe en prévoyant une procédure de législation provisoire par commission ; mais ce faisant elle a adopté une technique de substitution et non l'état de nécessité.

La façon dont cette procédure est apparue en droit positif confirme sa nature de technique de substitution. Son adoption a été le fait des constitutions démocratiques à partir de 1919, à un moment où le parlementarisme triomphant cherchait à concilier le principe de souveraineté populaire avec l'efficacité gouvernementale par un moyen démocratique, en réaction contre l'état de nécessité antérieurement retenu comme « clause de sauvegarde de l'absolutisme » (67).

Dans les pays germaniques, les constitutions de l'Etat libre de Prusse du 30 novembre 1920 (68) et de l'Etat libre de Brunswick du 6 janvier 1922 (69) ont presque inscrit en toutes lettres leur hostilité envers l'état de nécessité en lui substituant le système des ordonnances gouvernementales édictées avec l'accord de la commission permanente en Prusse, de la commission principale en Brunswick : ces deux commissions sont en effet élues par les assemblées « pour la sauvegarde des droits de la représentation populaire » (70), pour la protection des droits de l'Assemblée populaire contre le Cabinet » (71 et 72).

L'exemple de l'Autriche est encore plus significatif car ses enseignements résultent de toute une évolution. La loi constitutionnelle du 21 décembre 1867 consacrait l'état de nécessité pur et simple (art. 14). La constitution du 1er octobre 1920 le supprima sans lui substituer aucun texte ; mais cette lacune apparut vite comme une

---

(65) *Ibidem*, p. 582.
(66) *Ibidem*, p. 595.
(67) *Ibidem*, p. 577 et notre introduction ci-dessus, p. 33.
(68) Article 55.
(69) Article 40.
(70) Article 26 de la constitution prussienne.
(71) Article 30 de la constitution de Brunswick.
(72) Alors que les constitutions de Bade du 21 mars 1919 (art. 56, § 2) du Wurtemberg du 25 septembre 1919 (art. 46) de Hesse du 12 décembre 1919 (art. 9), de Saxe du 1er novembre 1920 (art. 40), du Schaumbourg-Lippe du 24 février 1922 (art. 46), de Thuringe du 11 mars 1921 (art. 33 modifié le 3 mai 1929) consacraient un état de nécessité véritable, les trois dernières exigeant cependant l'avis consultatif d'une commission parlementaire.

porte ouverte à un retour de fait au système de 1867 par le biais d'une série de délégations provisoires au Cabinet (73). La révision constitutionnelle du 7 décembre 1929 vint ajouter cinq longs alinéas aux deux paragraphes laconiques de l'article 18 qui prescrivaient le respect de la légalité en tout état de cause (74). Le Gouvernement fédéral ne peut édicter d'ordonnances de nécessité qu'avec l'accord de la sous-commission permanente ; et toutes garanties sont instaurées pour assurer la représentativité et la vigilance de cette dernière (75).

---

(73) Cf. Dareste : *Les constitutions modernes*, 1928, p. 30, note 2.

(74) Article 18 — 1. L'administration publique tout entière ne peut s'exercer que sur la base des lois.

2. Chaque autorité administrative peut, à l'intérieur de son domaine d'action, faire des règlements sur la base des lois.

3. Si, pour éviter à la collectivité un dommage manifeste et irréparable, l'adoption immédiate de mesures pour lesquelles la constitution exige une décision du Conseil National est nécessaire à un moment où celui-ci n'est pas réuni, ou est empêché par une cause de force majeure de se réunir en temps utile ou d'exercer son activité, le Président de la Fédération, sur la proposition du Gouvernement fédéral peut, sous sa responsabilité et sous celle du Gouvernement, prendre ces mesures par des ordonnances provisoires modificatives des lois. Le Gouvernement fédéral en doit faire la proposition d'accord avec la sous-commission permanente à constituer par la Commission principale du Conseil National (art. 55, al. 2). Une telle ordonnance doit être contresignée par le Gouvernement fédéral.

4. Toute ordonnance émise en vertu de l'alinéa 3 sera transmise sans délai par le Gouvernement fédéral au Conseil National, lequel devra être convoqué, pour l'un des huit jours qui suivront cette transmission, par le Président de la Fédération, s'il n'est pas en session à ce moment, ou par son Président, s'il est en session. Dans les quatre semaines suivant la transmission, le Conseil National devra, ou bien substituer à l'ordonnance une loi fédérale conforme, ou bien par une résolution requérir l'abrogation immédiate de l'ordonnance par le Gouvernement fédéral, auquel cas celui-ci devra sans délai déférer à la demande. Afin que la décision du Conseil National soit prise en temps utile, son Président devra soumettre la proposition de vote au plus tard l'avant dernier jour du délai de quatre semaines ; son règlement intérieur édictera les dispositions nécessaires de détail. Au cas d'abrogation de l'ordonnance en vertu des dispositions précédentes par le Gouvernement fédéral, les dispositions légales qui avaient été modifiées par elle rentrent en vigueur le jour où ladite abrogation produit son effet.

5. Les ordonnances visées à l'article 3 ne peuvent apporter de modifications aux dispositions des lois constitutionnelles fédérales ; elles ne peuvent non plus avoir pour objet l'imposition d'une charge pécuniaire permanente à la Fédération, aux Pays, aux districts ou aux communes, ni la création d'obligations financières pour les citoyens de la Fédération, ni une aliénation du domaine de l'Etat, ni des dispositions sur les matières visées à l'article 10-11, ni enfin des mesures relatives au droit de coalition ou à la protection des locataires. »

(75) Elles résultent d'abord du mode d'élection de la sous-commission : ses membres sont désignés à la représentation proportionnelle par une commission principale, elle-même élue par le Conseil National selon le même mode de scrutin. Il est en outre précisé que chacun des partis représentés à la commission principale doit avoir au moins un représentant à la sous-commission.

D'autre part, l'article 55, al. 2 (rédaction de 1929) prévoit que « le règlement de la sous-commission doit être établi de telle manière que la sous-commission permanente puisse être convoquée et se réunir à tout moment ».

Remarquons au passage que l'intervention du Conseil Fédéral qui représente les pays autonomes et qui dispose d'un pouvoir de veto relatif en matière législative est ici complètement écartée ; c'est un exemple intéressant de cumul des modalités de simplification de la procédure législative.

On mesure la qualité des précautions prises afin d'éviter que le Gouvernement n'exerce seuls les pouvoirs de crise.

L'Espagne a connu une évolution semblable : la pratique de huit années de dictature sous la constitution monarchique du 30 juin 1876 avait appris aux républicains que le silence des textes ne constituait pas une protection suffisante contre les abus. L'article 80 de la constitution républicaine du 9 décembre 1931 prévoyait en conséquence que « dans les cas exceptionnels qui requièrent une décision urgente ou quand l'exige la défense de la République », le Président de la République sur avis (unanime) du Gouvernement pourrait statuer par décret, mais à la condition d'obtenir l'approbation des 2/3 de la Députation permanente désignée par les Cortès.

La Grèce, enfin, offre un exemple plus récent mais aussi net que celui de l'Autriche. L'article 35 de la constitution de 1864 (76) prohibait formellement toute atteinte au principe de légalité, même pour des raisons de salut public. L'exécutif prit néanmoins l'habitude d'édicter proprio motu de nombreux décrets de nécessité (77). Les deux commissions constitutionnelles chargées de l'élaboration des réformes condamnèrent à l'unanimité cette pratique abusive, puis reconnurent qu'il ne suffisait pas de l'interdire pour éviter son renouvellement. Elles estimèrent qu'il fallait en outre simplifier la procédure législative dans les cas urgents, tout en essayant de sauver le maximum des prérogatives parlementaires en ce domaine. L'ensemble des travaux des commissions montre que ce souci a été constamment présent à l'esprit de leurs membres (78). Le rapporteur de la nouvelle constitution affirma que « ... la nouvelle constitution prévoit dans son article 35 la délégation législative (au Roi en commission) *pour éliminer les lois de nécessité...* » (79). La constitution entièrement révisée du 1er janvier 1952 soumet donc l'édiction de décrets législatifs de nécessité à l'avis conforme d'une commission de députés spécialement désignée à cet effet au début de chaque session (80).

G. Vlachos qui développe l'idée de l'opposition entre les décrets législatifs et l'état de nécessité s'interroge en conclusion (81) sur l'application pratique de l'article 35 § 2-5. Il dresse un tableau impressionnant du nombre de textes édictés au moyen de cette procédure simplifiée qui semble bien avoir pris, en fait, la relève des anciens décrets de nécessité.

---

(76) Plusieurs fois révisée, notamment en 1911 et en 1935 après l'intermède républicain de 1927.

(77) Ci-dessus, pp. 71-72.

(78) Cf. G. Vlachos : *Les décrets législatifs et la loi formelle en droit constitutionnel hellénique*, R.D.P. 1960, pp. 232 et s.

(79) Cité par G. Vlachos, p. 252.

(80) L'alinéa 3 de l'article 35 ajoute cette garantie que « le nombre des membres de la Commission ne peut être inférieur au cinquième du nombre total des députés ; pour l'adoption des décisions, est nécessaire la présence des deux-tiers de ses membres ainsi que la majorité relative ».

(81) Pp. 298-299.

Il apparaît déjà, au vu de l'importance quantitative de ces textes, que l'intention des rédacteurs de l'article 35 § 2-5 ait été quelque peu oubliée ; elle l'a certainement été, en tout cas, lorsque la législation par commission a été employée pour l'adoption de décrets portant habilitation législative au profit du Gouvernement seul (82). La Grèce a eu recours à ce procédé lorsque la nécessité de mesures urgentes s'est fait sentir par trop impérieusement. Cette utilisation, contestable au point de vue de la régularité constitutionnelle, est apparue indispensable pour éviter que l'exécutif n'édicte spontanément les mesures urgentes. La Grèce rejoignait ainsi l'ensemble des Etats démocratiques où l'imminence d'une crise renforce l'hostilité envers l'état de nécessité et conduit à adopter une autre forme de technique de substitution qui réponde mieux aux circonstances du moment.

Section II

LES CONSEQUENCES D'UNE HOSTILITE RENFORCEE : LES DISPOSITIONS DE CIRCONSTANCES

La plupart des Etats démocratiques ont complété les techniques de substitution dont ils disposaient à titre permanent par le recours à des dispositions de circonstances, adoptées lorsque des menaces de crise se précisaient sans être encore d'une extrême acuité. Ces dispositions de circonstances sont en réalité un complexe formé d'une part d'une ou plusieurs lois de pleins pouvoirs et d'autre part des mesures prises en application de ces lois. Le premier élément du complexe est de loin le plus intéressant pour le constitutionnaliste. La loi de pleins pouvoirs votée par le Parlement a pour objet d'habiliter le Gouvernement à édicter pendant un temps déterminé et dans un but non moins déterminé (83) un certain nombre de textes (84) suspendant, modifiant ou abrogeant des lois (85).

Cette technique a commencé à prendre quelque ampleur au début et tout au long de la première guerre mondiale ; elle a ensuite été utilisée pour pallier au désordre économique de l'après-guerre. Elle a donc été imaginée et employée d'abord dans un contexte de crise, même si elle s'est ensuite étendue à d'autres hypothèses. Cette appro-

---

(82) *Ibidem*, p. 297.

(83) D'où le nom de dispositions de circonstances.

(84) Dont le nom varie : décrets-lois, ordonnances, décrets législatifs...

(85) Les constitutionnalistes d'aujourd'hui connaissent bien cette technique qui est devenue une pratique courante dans à peu près toutes les démocraties occidentales. (Cf. Burdeau : *Traité de science politique*, t. VII, n° 160 et s.).

che historique explique qu'il y ait eu longtemps et qu'il subsiste encore dans maints esprits une certaine confusion entre le vote d'une loi de pleins pouvoirs et la concentration spontanée des pouvoirs, englobés sous l'appellation unique d'état de nécessité.

C'est une opinion erronée dans une très large mesure. Il y a une différence de nature radicale entre la loi de pleins pouvoirs et l'état de nécessité ou, plus précisément, entre la situation d'un gouvernement investi par le Parlement de l'exercice total ou partiel de la fonction législative et un gouvernement qui s'est lui-même investi de cet exercice. Dans l'un et l'autre cas, il y a concentration des pouvoirs dans un contexte de salut public plus ou moins accentué. Mais dans le premier cas cette concentration n'est pas spontanée de la part de l'organe bénéficiaire ; il manque donc un élément essentiel de la définition de l'état de nécessité. L'état de nécessité suppose un organe constitutionnel agissant seul ; or la loi d'habilitation implique la collaboration des deux principaux organes de l'Etat, au moins de manière successive et complémentaire.

Nous ne devons pas pour autant négliger complètement l'étude des lois de pleins pouvoirs. Elles se présentent d'abord historiquement et pratiquement comme des techniques de substitution, donc comme une conséquence de l'hostilité de la tradition démocratique envers toute réception de l'état de nécessité. Leur utilisation a permis de limiter considérablement le recours à l'état de nécessité. Aujourd'hui encore, il est certainement conforme à l'esprit des institutions démocratiques de procéder au vote d'une loi de pleins pouvoirs chaque fois que cela apparaît possible et suffisant pour assurer la sauvegarde de l'Etat.

Surtout, il n'y a pas de coupure totale entre lois de pleins pouvoirs et état de nécessité. On peut relever des points de similitude, voire de rencontre entre les deux techniques. Elles n'ont pas été confondues tout à fait sans raisons. Une étude de l'état de nécessité ne saurait par conséquent passer sous silence ni le fondement ni les effets pratiques des lois de pleins pouvoirs.

§ 1. — *Etat de nécessité et fondement des lois de pleins pouvoirs.*

Les points communs entre l'état de nécessité et les lois de pleins pouvoirs vont très loin en ce qui concerne le fondement de cette technique de substitution. Le fondement politique des lois de pleins pouvoirs comporte déjà une analogie de circonstances avec l'état de nécessité ; le fondement juridique va jusqu'à une véritable liaison de fond, limitée seulement par la différence de nature que nous venons de relever.

A. — *Le fondement politique.*

Le fondement politique des lois de pleins pouvoirs, c'est l'ensemble des raisons qui poussent le Gouvernement à solliciter une habilitation législative et le Parlement à l'accorder. C'est en quelque sorte leur motivation psychologique, leur justification sur le plan de l'opportunité.

Ce fondement ne diffère pas sensiblement d'une manière générale de celui des autres techniques de substitution et de celui de l'état de nécessité. Tous ces procédés sont conçus en vue d'une situation de fait qui met l'Etat en péril et l'oblige, pour sa défense, à modifier le jeu normal des institutions constitutionnelles (86). Cette inspiration commune de base se manifeste par exemple dans le fait que plusieurs Etats démocratiques menacés par un danger identique en nature et en gravité auront recours certains aux techniques de substitution permanentes, d'autres aux lois de pleins pouvoirs, d'autres enfin à l'état de nécessité (87).

Mais une analyse plus poussée montre que le fondement politique des lois de pleins pouvoirs présente une certaine originalité au-delà de ce fondement commun très général. Cette originalité le situe à mi-chemin entre celui des techniques de substitution permanentes et celui de l'état de nécessité.

Le fondement politique des lois de pleins pouvoirs rappelle celui des techniques permanentes de substitution parce qu'il se relie à la tradition d'hostilité nourrie par les démocrates envers la réception de l'état de nécessité. Les organes constitutionnels de l'Etat démocratique qui se rendent compte de l'insuffisance de l'extension de pouvoirs réalisée au profit de l'exécutif par le jeu des techniques de substitution permanentes cherchent à accroître l'ampleur de cette extension par le vote d'une loi de pleins pouvoirs. Ils veulent ainsi éviter que l'exécutif ne soit obligé de décider lui-même de l'accroissement de sa propre compétence et ne dépende préalablement de personne dans son exercice. Ce souci n'est pas différent de celui qui est à l'origine de l'adoption des autres techniques de substitution.

Le fondement politique des lois de pleins pouvoirs est cependant plus proche de celui de l'état de nécessité que ne l'est celui des autres techniques de substitution. Les lois d'habilitation sont votées en fonction de circonstances spatio-temporelles concrètes et non en prévision

---

(86) Un auteur a pu les étudier dans trois Etats sous le titre général de « pouvoirs exceptionnels », qui recouvre, en ce sens, des développements homogènes. (M. Kapani : *Les pouvoirs exceptionnels de l'exécutif en temps de guerre et de crise nationale*, Thèse, Genève 1949.)

(87) Ainsi en 1914, la France a eu recours à l'état de siège, la Grande-Bretagne aux lois de pleins pouvoirs, la Suisse à l'état de nécessité. Nous aurons l'occasion d'indiquer au passage les raisons de cette diversité.

d'une crise dont l'origine et la date seraient inconnues, qui pourrait même ne jamais se produire. Les législations de crise, elles, sont élaborées généralement en période de calme et ont en conséquence un caractère très marqué de généralité et d'abstraction. La nécessité immédiate qui motive les lois de pleins pouvoirs s'apparente bien davantage à celle qui justifie la concentration spontanée des pouvoirs qu'aux préoccupations lointaines des rédacteurs des législations de crise (88).

Il est très facile d'illustrer ces remarques en se référant aux conditions dans lesquelles bon nombre de ces lois ont été effectivement votées. Les dates de leur adoption parlent déjà d'elles-mêmes : les périodes de « pointe » c'est-à-dire celles où le phénomène est quasi-général, se situent en 1914 (89) et en 1939, donc à l'aube des deux plus grandes crises qui ont affecté l'ensemble des Etats démocratiques depuis un demi-siècle.

La lecture des débats qui ont eu lieu lors des séances parlementaires précédant le vote montre que le Gouvernement s'est fondé sur l'existence d'un péril national pour solliciter les pleins pouvoirs et que le Parlement les lui a accordés pour cette raison. La majorité extrêmement large atteinte partout en faveur des lois d'habilitation (90) laisse soupçonner la gravité des circonstances : l'expérience prouve qu'une crainte commune et intense peut seule rapprocher — pour un temps — les divers partis. La rédaction même des textes révèle clairement leur motivation.

C'est ainsi que le Defence of the Realm Act voté le 8 août 1914 par le Parlement britannique en réponse au discours du Premier Ministre donnait au Roi en son Conseil le droit d'édicter pour la durée de la guerre « des ordonnances... pour assurer la sécurité publique et la défense du Royaume ». L'Emergency Powers Defence Act du 24 août 1939 était encore plus net : il autorisait les ordonnances

> « ...qui paraîtront à Sa Majesté utiles ou nécessaires pour assurer la sécurité publique, la défense du Royaume, le maintien de

---

(88) Cette remarque ne veut pas être autre chose que l'indication d'une tendance générale. Il ne faut pas, en particulier, attacher à l'emploi du mot « nécessité » une importance qu'il n'a pas : il faut le prendre au sens courant, celui auquel se réfèrent les hommes politiques (ce qui est normal s'agissant du fondement politique des lois de pleins pouvoirs) et non au sens strict d'état de nécessité.

Notons également que de nos jours les lois de pleins pouvoirs tendent à se détacher de plus en plus souvent des contextes de crise aigüe. Leur fondement politique s'élargit par rapport à celui de l'état de nécessité. Mais elles demeurent toujours susceptibles de jouer le rôle de technique de substitution dans une conjoncture particulièrement critique.

(89) Cf. la série d'articles de Gaston Jèze à la R.D.P. 1917.

(90) Le Defence of the Realm Act anglais du 8 août 1914 a été adopté sans discussion. Quand on connaît le fair-play de la vie constitutionnelle britannique, on peut être sûr que l'absence de discussion signifiait que le texte ralliait l'immense majorité des parlementaires.

Il en a été de même en Suisse pour la loi de pleins pouvoirs du 3 août 1914 et pour celle du 30 août 1939.

> l'ordre public et la conduite efficace de toute guerre à laquelle Sa Majesté prendrait part, ainsi que pour assurer les denrées et services (supplies and services) indispensables à la vie de la communauté ».

Il fut voté en quelques heures, Sir Samuel Hoare ayant demandé dans un discours émouvant l'acceptation immédiate de la loi en raison de l'imminence du péril aérien alors que l'on était encore, selon sa propre expression, « dans le crépuscule entre la paix et la guerre » (91).

L'Assemblée Fédérale suisse a réagi exactement de la même manière à une demande présentée en termes analogues par le Conseil fédéral (92) ; la nécessité a été constamment invoquée lors des séances consacrées à la question. Le rapprochement y a même été beaucoup plus accentué entre la loi de pleins pouvoirs et l'état de nécessité puisqu'il concernait également le fondement juridique de cette loi.

B. — *Le fondement juridique.*

Le point d'interférence le plus net entre loi de pleins pouvoirs et état de nécessité apparaît lorsqu'on aborde le problème du fondement juridique des lois de pleins pouvoirs. Il peut se formuler de la manière suivante : l'état de nécessité peut, dans certains cas, être le fondement juridique de la loi de pleins pouvoirs. Cela revient à dire que cette loi peut être une application de l'état de nécessité.

Cette affirmation ne contredit aucunement la différence de nature entre la situation de l'exécutif investi par une loi d'habilitation et celle d'un exécutif qui a concentré spontanément tous les pouvoirs. Cette différence se référait à l'exercice de pouvoirs conférés par la loi d'habilitation. Or nous nous intéressons exclusivement ici au vote de la loi de pleins pouvoirs.

Cette loi de pleins pouvoirs peut s'analyser, dans un pays de constitution rigide où la délégation de pouvoirs n'est pas prévue par les textes, comme ayant successivement deux objets : d'abord la suspension de certaines dispositions constitutionnelles (93), ensuite l'octroi du pouvoir législatif (94) à l'exécutif.

Le second objet — le seul expressément mentionné dans la loi d'habilitation — n'est que l'application d'une technique de substitution puisqu'il met en présence deux organes dont l'un tire sa compétence de la volonté de l'autre. Mais la première opération réunit tous

---

(91) P. M. Gaudemet : *Les pouvoirs de crise en Angleterre*, R.D.P. 1946, pp. 442 et s.

(92) M. Battelli : *Les pleins pouvoirs en Suisse*, R.D.P. 1950, pp. 124 et s.

(93) Au moins de celle qui établit le monopole législatif du Parlement, et souvent de celles qui garantissent l'exercice des libertés publiques.

(94) Et éventuellement le pouvoir de suspension constitutionnelle, comme ce fut le cas de la loi de pleins pouvoirs suisse du 3 août 1914, au moins aux termes de l'arrêt Millioud (*infra*, p. 111).

les éléments qui constituent l'état de nécessité. Le Parlement est investi par sa propre volonté d'une compétence qui n'est pas la sienne. Il concentre sur sa seule décision le pouvoir de suspension constitutionnelle et le pouvoir législatif. Le vote d'une loi de pleins pouvoirs se fonde donc juridiquement sur un recours à l'état de nécessité.

C'est dans cette mesure — et dans cette mesure seulement — que l'assimilation du vote d'une loi de pleins pouvoirs à l'état de nécessité est possible. Elle ne présente d'ailleurs qu'un intérêt assez restreint, pour deux raisons.

Rappelons en premier lieu que le vote d'une loi de pleins pouvoirs n'est une hypothèse d'état de nécessité que dans les Etats à constitution rigide dont les textes n'autorisent pas les habilitations législatives au profit de l'exécutif (95). L'état de nécessité n'est donc pas le fondement juridique de toutes les lois de pleins pouvoirs (96).

En second lieu, l'exercice des pouvoirs spontanément concentrés par l'organe parlementaire s'épuise en un seul acte : le vote de la loi d'habilitation (97). L'édiction des mesures législatives par l'exécutif habilité n'est pas une utilisation de pouvoirs de nécessité puisqu'elle est le fait d'un organe qui n'a pas décidé la concentration des pouvoirs. Très peu parmi les conditions d'exercice de l'état de nécessité trouvent donc l'occasion de s'appliquer ; aucune ne présente d'ailleurs de caractère particulier.

La majeure partie de l'intérêt attaché à l'étude des lois d'habilitation se concentre sur leurs effets. Elles confèrent à l'exécutif des pouvoirs dont l'étendue présente une grande analogie avec celle des pouvoirs de nécessité.

§ 2. — *Etat de nécessité et effets des lois de pleins pouvoirs.*

L'adoption d'une loi de pleins pouvoirs qui intervient dans un contexte très proche de celui du déclenchement de l'état de nécessité n'obtient-elle pas finalement un résultat très voisin ? C'est là un problème à la fois très important et très difficile à résoudre.

---

(95) Ou dans les Etats qui connaissent la démocratie semi-directe en matière législative. Nous signalons cette hypothèse sans la développer séparément car de tels Etats ont pratiquement toujours une constitution rigide n'autorisant pas la délégation de pouvoirs.

(96) Ce fait a peut-être été à l'origine de certaines confusions relatives à la définition de l'état de nécessité. Le vote de la loi de pleins pouvoirs n'est en effet une hypothèse d'état de nécessité que quand il advient au mépris de la constitution. L'état de nécessité exige donc comme élément constitutif, dans ce cas particulier, la violation de la loi constitutionnelle. Certains ont cru devoir l'exiger dans tous les cas, ce qui est une erreur : l'élément violation de la constitution est requis dans cette hypothèse uniquement parce qu'il est indispensable pour qu'il y ait concentration de pouvoirs par l'assemblée.

(97) Il peut certes y avoir adoption successive de plusieurs lois d'habilitation relatives à des domaines différents d'intervention. Mais de toute façon le nombre de ces actes demeure toujours assez restreint.

C'est un problème capital parce qu'une équivalence d'effets entre les deux techniques signifierait que l'hostilité de la tradition démocratique envers l'état de nécessité a atteint un stade constructif et qu'il est possible de sauver l'Etat démocratique sans avoir besoin de recourir à l'état de nécessité. C'est un problème délicat parce que l'importance des données contingentes est très grande, s'agissant de dispositions de circonstances ; chaque situation a son originalité et toute généralisation est un peu hasardeuse.

Nous pourrons cependant examiner succinctement l'étendue des pouvoirs que confèrent à l'exécutif les deux types de lois d'habilitation auxquelles les Etats démocratiques ont eu recours ce dernier demi-siècle : les lois de pleins pouvoirs à objectifs spécialisés et les lois de pleins pouvoirs générales. Disons dès maintenant que le bilan fera ressortir leur insuffisance.

A. — *Les lois de pleins pouvoirs à objectifs spécialisés.*

Il est très souvent possible, en présence d'une crise — ou d'une menace de crise — déterminée, de conjecturer avec vraisemblance le domaine dans lequel devront intervenir les mesures indispensables à la sauvegarde de l'Etat démocratique (98) et de donner pleins pouvoirs à l'exécutif dans ce domaine. Les auteurs des législations de crise avaient déjà exploité cette possibilité en fonction de la nature des crises auxquelles ils se référaient instinctivement — en pratique la guerre internationale ou une situation voisine. La situation est encore meilleure ici, si l'on peut dire, parce que la proximité de la menace rend plus facile la détermination des domaines à ouvrir à l'extension des pouvoirs gouvernementaux. Il n'est pas exclu, d'autre part, que de nouvelles lois d'habilitation soient votées successivement alors que la crise se développe, réalisant ainsi les ajustements indispensables au fur et à mesure que le besoin s'en fait sentir.

Cette technique à la fois souple et relativement démocratique a trouvé l'essentiel de ses applications dans les pays anglo-saxons (99).

---

(98) Ainsi une crise internationale nécessite avant tout une intervention accrue de l'exécutif dans le domaine militaire, une crise économique dans les domaines des finances, du crédit et de l'industrie, une crise politique dans le domaine des libertés de presse et de réunion, une crise sociale dans le domaine syndical etc..., étant entendu, d'ailleurs, que le caractère complexe des crises affectant l'Etat moderne peut laisser présager la nécessité d'une intervention de l'organe exécutif dans plusieurs domaines à la fois.

(99) La France sembla vouloir l'utiliser en 1914. Le Gouvernement Viviani, profitant de l'Union Sacrée, obtint le vote d'un texte permettant au Gouvernement « d'ouvrir des crédits par décrets pendant la prorogation des Chambres ». Mais ce ne fut pas l'amorce d'une série de lois semblables portant sur des domaines différents. Le mouvement à peine amorcé en resta pratiquement là (voir cependant dans les « Eléments de droit constitutionnel français et comparé » d'Esmein, t. II, p. 103, la liste des mesures prises par le Parlement français pour accroître

Les Etats-Unis y furent dans l'ensemble assez fidèles (100). En 1917, le Congrès ne consentit à se départir d'un pouvoir dont la constitution lui garantissait l'exclusivité qu'à la condition de le fractionner entre les mains du Président auquel il le remettait, au surplus très partiellement. Mais ce fut ensuite sans rencontrer d'opposition que Wilson obtint le vote de toute une série d'Acts le substituant au Congrès pour toute la durée de la guerre dans des domaines aussi variés que l'approvisionnement en vivres et en combustibles et leur répartition, l'interdiction d'exporter tout article dont la sortie hors des Etats-Unis semblerait nuisible à la sûreté de l'Etat, l'organisation de l'administration fédérale dans la mesure où des réformes auraient été susceptibles d'accroître son efficacité (101).

Le même procédé fut utilisé pendant la seconde guerre mondiale dans des domaines sensiblement analogues : citons, outre le célèbre Lend Lease Act (loi sur le prêt-bail) du 11 mars 1941, l'Emergency Price Control Act de 1942 qui rappelle le Food and Fuel Conservation Act de 1917, et le War Powers Act voté le 18 décembre 1941 qui est la réplique de l'Overman Act du 10 mai 1918. Les Acts votés par le Congrès durant la deuxième guerre mondiale accordent dans l'ensemble au Président des pouvoirs plus étendus que ceux qui résultaient des Acts de 1917-1918.

Plusieurs explications peuvent être données de cette différence, explications qui peuvent d'ailleurs se cumuler. Tout d'abord, une certaine tradition s'était établie en faveur des délégations de pouvoirs ; elle était de nature à atténuer la méfiance de l'opinion publique en général et du Congrès en particulier, rendant ce dernier plus réceptif aux sollicitations présidentielles. Ensuite les pouvoirs demandés par le Président étaient eux-mêmes plus considérables étant donné l'accroissement des impératifs de la défense nationale né des transformations du caractère de la guerre. Enfin l'expérience de la première guerre mondiale avait montré dans certains cas l'insuffisance de la technique des lois de pleins pouvoirs à objectifs spécialisés.

Celles-ci encourent en effet le même reproche que les limitations d'objet dont certains textes constitutionnels assortissent l'exercice des pouvoirs de nécessité (102) : le salut de l'Etat peut exiger soudaine-

---

certains pouvoirs du Gouvernement). La France ne connut pour ainsi dire pas de dispositions de circonstances pendant la première guerre mondiale. Elle n'en connut pas davantage en 1939 : le contexte politique très spécial vers lequel elle s'orienta empêcha toute extension de cette technique.

(100) Le régime politique des Etats-Unis — régime de séparation des pouvoirs — explique que le Congrès ait préféré voter des lois d'habilitation séparées plutôt qu'une loi de pleins pouvoirs unique (ci-dessous, p. 126).

(101) Food and fuel conservation Act, du 10 août 1917 ; Espionage Act, du 15 juin 1917 ; Overman Act, du 10 mai 1918.

Et ce ne sont là que des exemples choisis parmi beaucoup d'autres. Cf. sur ce point J. W. Garner : *Le pouvoir exécutif en temps de guerre aux Etats-Unis*, R.D.P. 1918, p. 32 et s.

(102) Ci-dessous, p. 284.

ment une mesure touchant à des domaines autres que ceux qui sont ouverts au bénéficiaire de l'extension des pouvoirs. Les lois de pleins pouvoirs à objectifs spécialisés sont même plus restrictives que ces limitations constitutionnelles des pouvoirs de nécessité parce qu'elles énumèrent les domaines où l'exécutif est autorisé à intervenir, ce qui exclut ipso facto tous les autres.

La Grande-Bretagne a dû prendre conscience, à l'épreuve des faits, de l'insuffisance des lois de pleins pouvoirs à objectifs spécialisés. En 1914, les pouvoirs du Gouvernement britannique furent étendus d'abord par un premier Defence of the Realm Act du 8 août 1914 qui indiquait de façon très précise, donc très stricte, l'extension réalisée. On discuta même du point de savoir si cet Act donnait de véritables pleins pouvoirs au Gouvernement ; il est certain en tout cas, que le pouvoir d'ordonnances, c'est-à-dire le pouvoir de modifier certaines lois, n'y était pas inscrit. Une première modification dut intervenir rapidement (Defence of the Realm Act n° 2 voté le 28 août 1914). Ce fut encore insuffisant et le 27 novembre 1914 les deux premiers Defence of the Realm Acts furent remplacés par le Defence of the Realm Consideration Act conçu en termes beaucoup plus larges.

Ce vote marqua l'abandon par la Grande-Bretagne du système des lois de pleins pouvoirs à objectifs spécialisés et son ralliement au système des lois de pleins pouvoirs générales, au moins en cas de crise grave.

B. — *Les lois de pleins pouvoirs générales.*

L'étendue des pouvoirs conférés par une loi d'habilitation de portée générale se rapproche beaucoup de celle des pouvoirs de nécessité. Les deux techniques obtiennent des résultats à peu près équivalents, surtout si on se réfère à leurs applications effectives.

La loi de pleins pouvoirs générale contient une délégation à peu près totale de l'exercice du pouvoir législatif. Certes des réserves y sont parfois incluses sous forme d'une énumération de quelques domaines expressément réservés ; mais la portée des restrictions est toujours faible par rapport au volume des compétences déléguées. De toute façon, elle n'est pas supérieure à celle des limitations d'objet incluses dans certaines prévisions constitutionnelles de l'état de nécessité. Le parallèle est ici beaucoup plus fort que pour les lois de pleins pouvoirs à objectifs spécialisés (103).

Les limites que la loi de pleins pouvoirs fixe à l'action du Gouvernement bénéficiaire de la délégation sont d'ailleurs le plus souvent

---

(103) Tant en ce qui concerne la façon dont ces limites sont édictées (soustraction de certaines matières à l'intervention de l'exécutif) que la nature même de ces limitations (visant en général les domaines considérés comme fondamentaux du point de vue de l'idéal démocratique).

d'un tout autre ordre. Ce sont des limitations de but et non des limitations d'objet. La loi de pleins pouvoirs à objectifs spécialisés énonçait aussi les buts assignés au Gouvernement ; mais la limitation qu'elle impliquait était subsidiaire par rapport à celle qui résultait de l'énumération des moyens accordés au Gouvernement pour atteindre les objectifs fixés. Les lois de pleins pouvoirs générales, elles, font exclusivement mention du but, qui devient alors la seule source des limites imposées à l'action de l'exécutif (104). La situation n'est pas différente de l'exercice des pouvoirs de nécessité. Les expressions employées par les lois d'habilitation générales dans l'énoncé de leurs buts ne signifient d'ailleurs pas autre chose, finalement, que « assurer la sauvegarde de l'Etat » (105).

Il pourra même arriver que les pouvoirs d'un Gouvernement bénéficiaire d'une habilitation parlementaire soient plus larges que ceux de l'organe de nécessité. Les lois de pleins pouvoirs générales donnent très souvent mission au Gouvernement de supprimer les causes de la menace qui trouble l'ordre public, alors que l'organe de nécessité ne doit s'en préoccuper que dans la mesure indispensable à la restauration du fonctionnement normal des institutions démocratiques. La finalité étant plus large dans le premier cas, les pouvoirs qui lui sont attachés le sont également (106) (107).

Les lois de pleins pouvoirs générales ont pu, dans ces conditions, jouer souvent avec succès le rôle de technique de substitution par rapport à l'état de nécessité. La Grande-Bretagne, en particulier (108), a eu recours aux délégations législatives au début de la deuxième guerre mondiale, comme elle l'avait fait lors de la première. Mais parachevant l'évolution amorcée par le troisième Defence of the Realm

---

(104) Elles mentionnent parfois certains moyens ; mais c'est seulement à titre indicatif (cf. par exemple l'Emergency powers defence Act anglais du 24 août 1939).

(105) Plusieurs expressions plus étroites sont parfois employées, mais de façon cumulative, de sorte que leur somme répond à l'idée unique de salut public.

(106) Cf. Hamon et Cotteret : *Les pleins pouvoirs*, R.D.P. 1960, p. 655.

(107) Cette différence de finalité a une conséquence directe sur la durée des pouvoirs dont jouissent respectivement l'exécutif bénéficiaire d'une délégation législative et le titulaire des pouvoirs de nécessité. Le premier peut exercer ses pouvoirs pendant une durée en général très brève (bien qu'impossible à déterminer à l'avance, ci-dessous p. 317) : il doit cesser dès que la menace pesant sur l'Etat a perdu son caractère immédiat ou dès que le jeu normal des institutions constitutionnelles (ou même une technique de substitution) peut prendre la relève. Le second a des pouvoirs limités dans le temps de façon définie (l'Emergency powers Act de 1939 prévoyait expressément un an, les arrêtés de l'Assemblée Fédérale suisse de 1914 et 1939 étaient implicitement valables pour toute la durée de la guerre) ; mais leur durée est en fait beaucoup plus longue que celle des pouvoirs de nécessité.

(108) L'Italie a eu également recours à cette technique pendant la première guerre mondiale. Cf. S. Trentin : *Les transformations récentes du droit public italien*, déjà cité et Esmein : *Eléments de droit constitutionnel français et comparé*, également précité, 7e éd., t. II, p. 90.

Act de 1914, elle a directement adopté par l'Emergency powers (defence) Act du 24 août 1939 le système de la loi de pleins pouvoirs générale (109). Ce seul texte lui a permis de faire face à toutes les nécessités de la guerre (110). Le Parlement vota bien le 22 mai 1940 un second Emergency Powers (défence) Act sous-intitulé « an act to extend the powers which may be exercised by Her Majesty under the Emergency powers (defence) Act, 1939 » (111) et le 1er août 1940 un troisième Act du même nom. Mais le premier de ces actes additionnels n'ajoute pratiquement rien aux pouvoirs du Gouvernement : il ne fait que confirmer la délégation antérieure et la renouveler pour un an, sans doute pour manifester publiquement et solennellement la confiance du Parlement et de l'opinion envers le Cabinet, comme un défi en réponse à l'agression allemande (112). Quant au deuxième Act, de portée beaucoup plus spéciale, le secrétaire d'Etat à l'Intérieur déclara lui-même en présentant le projet à la Chambre des Communes que le Gouvernement avait le droit de le mettre en vigueur par ordonnances, mais qu'il préférait obtenir l'autorisation expresse du Parlement pour en accroître l'autorité.

L'efficacité de cette technique de substitution paraît donc égale et parfois supérieure à celle de l'état de nécessité. Mais il est un point sur lequel la loi de pleins pouvoirs, même générale, ne peut accorder à l'exécutif des pouvoirs aussi étendus que le recours à l'état de nécessité : la suspension d'une ou plusieurs dispositions constitutionnelles. Le Parlement ne peut pas déléguer une compétence que la constitution ne lui reconnaît pas ; l'extension des pouvoirs du Gouvernement n'ira pas au-delà de l'exercice de la fonction législative.

L'expérience suisse paraît démontrer le contraire. Les arrêtés de l'Assemblée Fédérale du 3 août 1914 et du 30 août 1939 conféraient au Conseil Fédéral des « pouvoirs illimités ». Cette expression, qui aurait très bien pu signifier que l'Assemblée Fédérale déléguait au Conseil Fédéral le maximum des pouvoirs dont elle disposait (113) fut inter-

---

(109) Le texte de l'Act spécifie certaines matières sur lesquelles porteront les Defence Regulations (c'est-à-dire les mesures prises par le Roi en vertu de l'habilitation). Mais ces matières ne sont indiquées qu'à titre d'exemples. Le texte prend soin de préciser « sans porter préjudice à la généralité des pouvoirs conférés par l'alinéa précédent ».

(110) Le Parlement vota dans les jours qui suivirent une série de lois accordant au Gouvernement des pouvoirs spécifiques dans certains domaines (il y en eut 47 entre le 31 août et le 1er octobre ; cf. Munci Kapani : *Les pouvoirs exceptionnels de l'exécutif en temps de guerre et de crise nationale*, Th., Genève 1949, p. 135, note 1). Mais elles ne représentent que des ajustements particuliers auxquels le Parlement a trouvé bon de procéder lui-même, sur suggestion gouvernementale d'ailleurs.

(111) Plaisamment dénommé par l'opinion « the Everything and Everybody Act ».

(112) L'idée est de I. Jennings : *The law and the Constitution*, pp. 25-26, cité par Munci Kapani. Thèse précitée, p. 139 en note 4.

(113) Il semble même que ce soit la seule interprétation correcte du point de vue juridique (cf. Carré de Malberg : *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, t. I, p. 610, note 24).

prétée par le Tribunal Constitutionnel Fédéral, dans son célèbre arrêt Millioud du 14 décembre 1915, comme comportant pour le Conseil Fédéral le droit de suspendre la constitution (114).

Mais la lecture de l'arrêt montre que le Tribunal s'est essentiellement fondé sur le fait que le Conseil Fédéral agissait dans l'intérêt national pour déclarer son action conforme à la loi d'habilitation (au moins tant que l'Assemblée Fédérale elle-même ne jugeait pas bon de la condamner) bien qu'elle ait contrevenu à certaines dispositions constitutionnelles. C'est réintroduire l'état de nécessité dans le système, d'autant plus que l'Assemblée Fédérale ne disposait du pouvoir de suspension constitutionnelle que sur sa seule décision, c'est-à-dire en vertu de l'état de nécessité. C'est donc finalement l'état de nécessité qui a permis au Conseil Fédéral d'agir avec efficacité. Le simple jeu d'une loi de pleins pouvoirs, aussi générale soit-elle, aurait été impuissant à assurer la sauvegarde de l'Etat.

L'habilitation législative même générale donne donc au Gouvernement des pouvoirs trop réduits pour les crises les plus graves. Les autres techniques de substitution, celles qui résultent de dispositions permanentes, ont a fortiori des effets encore moins bien adaptés aux exigences du salut public.

L'archaïsme de la loi sur l'état de siège était déjà manifeste en 1914 (115) : la révocation d'un maire par le Président de la République est une formalité trop lourde ; en cas d'action subversive, le préfet a dû parfois se substituer au chef de l'Etat, au mépris de la législation en vigueur (116). Le Gouvernement a de même suspendu, au commencement de la première guerre mondiale, l'article 65 de la loi du 25 avril 1905, relatif à la communication des dossiers avant l'application des mesures disciplinaires concernant les officiers ; cette mesure, pourtant indispensable, n'était pas envisagée dans la loi sur l'état de siège. La législation ultérieure (loi sur l'organisation de la Nation pour le temps de guerre, loi sur l'état d'urgence) a pu réduire le nombre des cas où le Gouvernement a dû outrepasser ses pouvoirs ; il est facile de voir qu'elle ne pourra jamais les supprimer tous.

L'insuffisance des techniques de substitution s'aggrave si l'on quitte le terrain de leurs effets pour remonter à celui de leurs conditions. On voit tout de suite que l'utilisation de la plus favorable de

---

(114) Certains commentateurs (tels Carré de Malberg précité et Jèze « L'exécutif en temps de guerre — Les pleins pouvoirs du Conseil Fédéral suisse », R.D.P. 1917, p. 224) vont jusqu'à affirmer que l'arrêt Millioud reconnaît au Conseil Fédéral le droit de modifier la constitution. Il semble que ce soit aller un peu loin ; la raison en est que ces auteurs n'ont pas fait de distinction entre le pouvoir de modifier la constitution et celui de la suspendre. Il se peut d'ailleurs que le Tribunal lui-même ne l'ait pas faite.

(115) Hauriou : *Précis de droit administratif*, p. 450, en note.

(116) Exemple cité par J. Barthélémy : *Du renforcement du pouvoir exécutif en temps de guerre*, Paris 1915, p. 124. L'examen de la jurisprudence française relative aux circonstances exceptionnelles fournit maints autres cas analogues.

ces techniques — les dispositions de circonstances — est subordonnée à certaines conditions qui ne sont pas toujours réalisées.

Tout d'abord, la délégation de pouvoirs ne saurait intervenir qu'au profit de certains organes, exécutif en général, organe gouvernemental en régime parlementaire. Or le salut de l'Etat peut parfois exiger que les pouvoirs de nécessité soient confiés à d'autres organes. Les techniques de substitution sont alors inadéquates.

Ensuite, le recours à des lois de pleins pouvoirs n'est possible que si le Parlement est à même de se réunir assez vite pour les adopter sans que le délai de vote ne soit préjudiciable au salut de l'Etat. Or il est des cas où la réunion immédiate du Parlement est impossible. L'exemple de la Belgique pendant la première guerre mondiale est présent à tous les esprits : c'est un décret qui dût imposer le service militaire obligatoire pour les hommes de 18 à 25 ans en avril 1915, car l'invasion déjà commencée rendait impossible l'adoption d'une loi (117). A fortiori ne pouvait-on pas songer, dans ces conditions, à l'adoption d'une loi de pleins pouvoirs ; et de fait, le Roi exerça seul pendant quatre ans le pouvoir législatif par des décisions qui furent ensuite validées par la jurisprudence (118).

Nous ne pouvons donc que conclure à l'insuffisance des techniques de substitution. Il n'est certes pas question de nier leur utilité ; elles ont maintes fois permis la sauvegarde de l'Etat dans le respect du principe démocratique. Mais il reste que, dans certains cas, la survie de la démocratie et de l'Etat aurait été compromise si on s'en était tenu à elles. On peut donc dire de l'œuvre de la tradition démocratique en la matière ce qui est vrai de beaucoup d'autres : sa contribution positive n'a pas été à la hauteur de son apport négatif, la vigueur de sa partie destructive l'a emporté de loin sur l'efficacité de sa partie constructive. Elle a engendré une hostilité tenace envers l'état de nécessité, elle n'a pas indiqué le moyen de l'éliminer à coup sûr de l'Etat démocratique.

Ne serait-ce pas le signe que cette élimination est impossible et que la réception de l'état de nécessité est, dès lors, inéluctable en démocratie ?

---

(117) Barthélémy et Duez : *Traité de droit constitutionnel*, 1933, p. 244.

(118) Cour de Cassation belge, 11 février 1919. Cf. A. Buttgenbach : *La pratique des pouvoirs spéciaux et le droit constitutionnel de la Belgique*, R.D.P. 1939, pp. 80 et s.

Titre II

LE CARACTERE INELUCTABLE DE LA RECEPTION DE L'ETAT DE NECESSITE EN DEMOCRATIE

L'insuffisance des techniques de substitution amène à se demander si la réception de l'état de nécessité ne serait pas inéluctable en démocratie. Mais elle n'implique pas nécessairement une réponse positive à cette question. Deux problèmes doivent être résolus pour pouvoir établir avec certitude le caractère inéluctable de la réception de l'état de nécessité.

Il faut tout d'abord savoir pour quelles raisons les Etats démocratiques ont besoin de recourir à l'état de nécessité malgré l'existence de techniques de substitution. Est-ce simplement à cause d'imperfections externes de ces techniques ? Ou est-ce dû à leur inspiration démocratique ? Dans le premier cas il serait toujours possible d'espérer les améliorer pour éliminer définitivement tout recours à l'état de nécessité. Dans le second cas, au contraire, on ne pourrait jamais éviter complètement de recourir à l'état de nécessité. La recherche des causes du recours à l'état de nécessité en démocratie vérifie l'exactitude de la seconde hypothèse et montre que le recours à l'état de nécessité est inéluctable en démocratie.

Mais cela ne signifie pas encore que la démocratie puisse et doive recevoir l'état de nécessité. On pourrait concevoir que de bonnes raisons s'y opposent absolument et que l'attitude d'hostilité envers cette réception doive être maintenue malgré tout. L'étude des conséquences du caractère inéluctable de l'état de nécessité achèvera de convaincre du caractère tout aussi inéluctable de sa réception en démocratie.

Chapitre Premier

LES CAUSES DU CARACTERE INELUCTABLE DU RECOURS A L'ETAT DE NECESSITE EN DEMOCRATIE

L'état de nécessité est inclus dans la logique démocratique à laquelle il est pourtant contraire et qui, néanmoins, le contenait en germe dès l'origine. Cette affirmation a priori paradoxale s'explique par le fait que l'Etat démocratique présente une infériorité certaine par rapport à l'Etat non-démocratique dès qu'il s'agit d'assurer sa défense contre une menace grave.

Cette infériorité tient d'abord à ce que les risques de crise d'origine intérieure ou extérieure y sont plus fréquents qu'ailleurs. L'Etat démocratique est un Etat qui tolère toutes les opinions, même celles qui le combattent ouvertement, tant du moins qu'elles restent dans les limites légales. Mais à partir de quel moment la démocratie peut-elle sans se renier empêcher les idées de s'exprimer comme elles l'entendent ? Ne risque-t-elle pas de le faire trop tard au nom de son idéal de libéralisme (1) ? Le pacifisme des démocraties dans l'ordre international ne les entraînera pas dans une guerre offensive mais pourra les contraindre à des guerres défensives : les démocraties risquent de laisser s'envenimer des situations provoquées par des Etats autoritaires avides de conquêtes, en ne se montrant pas assez fermes à un moment où il en est encore temps pour enrayer le mouvement belliciste (2).

Ce sera d'autant plus grave que les démocraties sont également en état d'infériorité pour assurer leur défense. Leurs institutions permettent une action très efficace à long terme (3) mais ne sont pas

---

(1) On songe à l'attitude de la démocratique République de Weimar envers le national-socialisme...

(2) L'attitude des Etats occidentaux envers l'Allemagne entre 1937 et 1939 justifie bien cette crainte. Cf. E. Giraud : *La nullité de la politique internationale des grandes démocraties*, 1919-1939.

(3) Car la force des décisions qui reposent sur la volonté populaire est irrésistible dans une démocratie de masse.

adaptées aux mesures immédiates qu'exige précisément la sauvegarde de l'Etat en temps de crise.

Cette infériorité tient-elle réellement à la nature démocratique de l'Etat ? On peut se le demander car elle paraît résulter souvent de causes politiques, sociales, économiques... apparemment étrangères au régime constitutionnel et au principe de souveraineté populaire. L'analyse montre que, en réalité, plus un Etat est démocratique, et plus le recours à l'état de nécessité y est fréquent — on serait tenté de dire inéluctable si le terme n'excluait toute nuance. Il sera possible de se rendre compte de cette progression en étudiant le recours à l'état de nécessité d'abord en démocratie purement représentative, qui est une forme assez imparfaite de démocratie, puis en démocratie semi-directe, qui se rapproche davantage de l'idéal démocratique.

Section I

LE RECOURS A L'ETAT DE NECESSITE EN DEMOCRATIE PUREMENT REPRESENTATIVE

La démocratie purement représentative est une forme très imparfaite de démocratie parce qu'elle est encore très proche d'un régime à base de souveraineté nationale ou parlementaire, dont elle est d'ailleurs directement issue. Elle mérite cependant le nom de démocratie par son inspiration idéologique, qui se traduit dans certaines de ses institutions. La démocratie représentative se réfère expressément au principe de souveraineté populaire et reconnaît en conséquence à chaque citoyen une égale participation à l'exercice du pouvoir. Les techniques constitutionnelles apparemment peu différentes de celles d'un régime à base de souveraineté nationale tendent cependant à permettre une expression plus facile de la volonté populaire (4).

Elles n'en permettent cependant jamais l'expression directe (5),

---

(4) Ainsi en était-il de l'usage du droit de dissolution en Grande-Bretagne jusqu'à ces toutes dernières années ; ainsi en est-il de l'introduction de certaines formes de referendum qui ne sont pas des techniques de démocratie semi-directe parce que leur usage dépend du bon vouloir d'un organe représentatif (Parlement dans la constitution française de 1946 en matière constitutionnelle, Président de la République dans la constitution française de 1958 en matière constitutionnelle et législative).

(5) Il n'existe pas, certes, de catégories absolument tranchées, en ce sens qu'un régime peut fort bien demeurer essentiellement représentatif tout en faisant une certaine place à des techniques de démocratie semi-directe. Nous parlons donc de démocratie *purement* représentative pour signifier que nous nous intéressons uniquement ici d'une part aux régimes qui ne connaissent aucun procédé de démocratie semi-directe et d'autre part au seul aspect représentatif de ceux qui en connaissent.

et c'est en cela que la démocratie purement représentative se situe fort en-deçà de l'idéal démocratique. Elle repose sur la confiance totale de l'électeur dans l'élu, ce qui exclut tout mandat impératif et assure le caractère définitif des décisions des représentants.

Ces deux derniers traits contribuent à rendre le recours à l'état de nécessité moins inéluctable en démocratie purement représentative qu'en démocratie semi-directe. Les représentants n'ont besoin d'en référer au peuple ni avant ni après leurs décisions. Ils pourront donc prendre des mesures immédiatement applicables pour faire face à une situation imprévue, au besoin en abandonnant complètement les positions qu'ils avaient défendues avant leur élection. C'est donc l'aspect le moins démocratique du régime qui permet d'éviter le recours à l'état de nécessité, au moins pour des crises d'ampleur moyenne.

La situation n'est cependant pas identique dans tous les Etats de démocratie purement représentative. Des facteurs juridiques et extra-juridiques influent sur la fréquence du recours à l'état de nécessité. Leur analyse montre que ce sont précisément les plus démocratiques de ces facteurs qui accentuent le caractère inéluctable de l'état de nécessité.

Sous-Section I

L'INFLUENCE DES FACTEURS JURIDIQUES SUR LE CARACTERE INELUCTABLE DU RECOURS A L'ETAT DE NECESSITE EN DEMOCRATIE PUREMENT REPRESENTATIVE

Les facteurs juridiques ont une influence très importante sur le caractère inéluctable du recours à l'état de nécessité en démocratie purement représentative. Cela tient au fait que les institutions ont elles-mêmes une importance capitale puisque la volonté du peuple ne peut s'exprimer qu'à travers des organes ; leur caractère plus ou moins démocratique conditionnera donc étroitement le caractère plus ou moins inéluctable du recours à l'état de nécessité. Cela résulte en particulier du rôle essentiel joué par la structure des pouvoirs constitutionnels en la matière : l'état de nécessité sera d'autant plus inéluctable que cette structure sera plus éloignée d'une concentration des pouvoirs ou, à défaut, permettra moins aisément de la réaliser en dehors d'une décision de son bénéficiaire.

Le caractère plus ou moins inéluctable du recours à l'état de nécessité dépendra donc et du contenu et du caractère de la constitution. Mais cette dépendance ira toujours dans le même sens : ceux des facteurs ayant trait au contenu et au caractère de la constitution qui

sont le plus en harmonie avec le principe démocratique favorisent le recours à l'état de nécessité.

§ 1. — *Influence du contenu de la constitution.*

Le contenu de la constitution (6) a une influence essentielle puisque c'est de lui que dépend la mise en œuvre du principe démocratique. Deux problèmes présentent un intérêt capital car la solution que leur donne la constitution a des conséquences directes sur le degré de concentration du pouvoir politique réalisé dans une démocratie purement représentative : il s'agit d'une part de la forme de l'Etat et d'autre part du régime politique stricto sensu.

A. — *La forme de l'Etat.*

La constitution peut organiser l'Etat sous une forme unitaire ou sous une forme fédérale (7). La seconde option est très certainement plus démocratique que la première. C'est une affirmation qui étonnera peut-être : la doctrine française d'inspiration jacobine aurait plutôt tendance à lier le triomphe de la démocratie à la centralisation (8). Certains épisodes de l'histoire constitutionnelle française expliquent cette opinion, mais ne la justifient pas car ce sont plutôt des exceptions. Les régimes autoritaires ont dans l'ensemble cherché à supprimer les libertés locales (9), alors que le fédéralisme s'épanouissait dans les Etats démocratiques. Il n'existe d'ailleurs aucune institution inhérente au fédéralisme qui contredise le principe démocratique, au contraire. Le Professeur A. de Laubadère écrit que « la décentralisation territoriale se relie à cette forme de libéralisme politique qu'est le système démocratique » (10). A fortiori en est-il du fédéralisme (11) (12).

---

(6) Le terme de « constitution » est entendu au sens matériel et non au sens formel.

(7) La situation n'est pas en réalité aussi simple. L'Etat unitaire lui-même peut être plus ou moins centralisé. Il y a finalement une progression continue de l'Etat unitaire centralisé à l'Etat fédéral en passant par tous les degrés de la décentralisation. Nous pouvons cependant nous en tenir au dualisme Etat unitaire (sous-entendu : centralisé) — Etat fédéral ; il suffira ensuite de transposer pour partie à l'Etat décentralisé ce que nous disons de l'Etat fédéral, plus ou moins selon le degré de centralisation qu'il atteint.

(8) L'opinion de Tocqueville qui voyait dans la décentralisation un remède efficace aux inconvénients de la marée démocratique semble venir appuyer cette idée.

(9) National-socialisme en Allemagne, fascisme en Italie, régime de Vichy en France (malgré l'apparence d'une résurrection « provinciale »).

(10) *Traité de droit administratif*, 3e éd., n° 158.

(11) Burdeau : *Traité de science politique*, t. II, n° 258.

(12) Il est même plus qu'une manifestation du caractère démocratique de l'Etat : il peut en être une garantie, notamment en constituant un rempart contre les déformations de la démocratie de masse. C'est en ce sens que l'entendait Tocqueville.

Mais le fédéralisme va être la cause d'un accroissement du recours à l'état de nécessité. Les principes sur lesquels il est fondé l'y prédisposent ; plusieurs exemples viennent le montrer.

1. — L'Etat fédéral se caractérise essentiellement par le jeu des lois d'autonomie et de participation (13). Or l'une et l'autre contribuent à la fois à accroître les risques de crise et à diminuer la capacité de résistance de l'Etat.

La loi d'autonomie peut être à la source d'événements qui rendront indispensable une concentration des pouvoirs. Elle peut permettre la naissance d'un conflit entre l'Etat central et un Etat-membre. Ce conflit sera tranché par la juridiction fédérale s'il est purement juridique ; mais des éléments extra juridiques peuvent venir l'envenimer et occasionner des troubles graves. Le jeu de la loi d'autonomie peut d'ailleurs constituer une menace pour l'Etat central même s'il demeure dans la plus stricte régularité constitutionnelle : il suffit d'une initiative maladroite d'un Etat-membre dans un domaine réservé, en matière économique par exemple.

La loi d'autonomie rend aussi plus difficile la sauvegarde de l'Etat fédéral car elle divise l'exercice du pouvoir. Elle peut obliger, en cas de crise, à une concentration des pouvoirs remontant des Etats fédérés à l'Etat central, concentration d'autant plus radicale que la division initiale aura été plus accentuée. Les organes constitutionnels de l'Etat central devront empiéter sur les matières législatives réservées aux Etats-membres surtout si elles concernent le domaine politique (14). Ils devront également se saisir des compétences exécutives dévolues aux Etats-membres, surtout lorsque ceux-ci sont normalement chargés d'exécuter les décisions prises à l'échelon central (15) : un exercice rapide et autoritaire de la fonction exécutive est indispensable au salut de l'Etat en cas de crise.

La sauvegarde de l'Etat incompatible avec le respect de la participation des Etats-membres à la fonction exécutive l'est également avec celui de leur participation à la fonction législative au sein de la chambre des Etats (16). Le bicaméralisme rend plus inéluctable le recours à l'état de nécessité car il est déjà en soi une cause d'alourdissement de la procédure législative. La forme fédérale de l'Etat accentue cet inconvénient.

---

(13) Cf. Durand « L'Etat fédéral en droit positif » dans *Le fédéralisme*, ouvrage collectif publié par le Centre d'Etudes supérieures spécialisées de la Faculté de droit d'Aix en 1956, p. 156 et s.

(14) Les collectivités d'un Etat unitaire décentralisé ne disposent pas, en général, de compétences politiques, mais seulement de compétences administratives : c'est pourquoi le recours à l'état de nécessité y est moins nécessaire.

(15) Cas de la République Fédérale allemande et dans une moindre mesure de l'Union indienne.

(16) Il en va de même pour la participation en matière constitutionnelle. Ce point sera étudié plus loin, car il se rattache davantage au caractère rigide de la constitution fédérale.

Elle rend tout d'abord plus difficile l'adoption de certaines techniques de substitution : l'importance fondamentale de la seconde Chambre fédérale empêchera toute suppression, même provisoire, du bicaméralisme, à moins que cette suppression ne joue en faveur de la Chambre des Etats (17), ce qui est très contestable du point de vue démocratique.

Elle risque ensuite d'allonger les délais de vote au sein de la Chambre des Etats. Un fédéralisme pur voudrait que cette chambre soit composée de représentants des Gouvernements des Etats-membres, qui doivent solliciter des instructions pour toute décision et qui sont à la merci d'une révocation (qui exigerait au moins le temps de mettre en place leurs remplaçants). La désignation des délégués des Etats-membres par la législature ou la population de ces Etats améliore un peu la situation, mais elle ne peut empêcher les antagonismes très vifs dans une assemblée chargée de défendre des particularismes locaux.

Elle peut enfin entraver complètement la défense de l'Etat lorsque la constitution exige une majorité qualifiée à la Chambre des Etats. L'adoption des mesures indispensables est alors à la merci de quelques Etats, par exemple lorsqu'il faudra prendre des mesures à l'encontre de quelques Etats-membres récalcitrants : leurs représentants à la Chambre des Etats s'y opposeront, obligeant l'exécutif fédéral à agir seul (18).

2. — Bien des exemples pourraient illustrer l'ensemble des difficultés qui font du fédéralisme une cause de recours à l'état de nécessité. Certaines expériences ne sont pas complètement déterminantes parce que le fédéralisme n'a pas joué le rôle unique, ni même essentiel, dans le recours à l'état de nécessité (19). Mais il en est d'extrêmement nettes, suffisamment diverses quant à leurs circonstances de temps et de lieu pour n'être pas le fruit d'un hasard.

La première est celle vécue par la République de Weimar en 1923. Les constituants de 1919 avaient déjà senti que le fédéralisme pourrait être une cause de faiblesse pour la République. Il est sympto-

---

(17) Loi Fondamentale de la République Fédérale allemande (art. 81), ci-dessus, pp. 93 et s.

(18) La constitution prévoit bien l'exécution fédérale. Mais elle requiert souvent l'approbation de la Chambre des Etats et son utilisation n'est pas toujours possible (agissement d'un Etat-membre régulier au regard de la constitution) ni toujours appropriée (insuffisance des prérogatives données au pouvoir central par cette procédure).

(19) C'est le cas de la France en 1793-1795 et de la Suisse pendant les deux guerres mondiales. Les velléités décentralisatrices de la Gironde ont certainement contribué à aggraver la situation intérieure française sous la Convention ; la Suisse a dû violer les règles du fédéralisme pour faire face aux nécessités de la guerre. Mais il est difficile de préciser la part du fédéralisme dans le recours à l'état de nécessité que ces deux Etats ont connu ; elle a en tout cas été très secondaire par rapport à d'autres facteurs.

matique qu'ils aient prévu dans le même article l'usage de la contrainte armée décidée par le Président envers un Land qui ne remplirait pas ses obligations et le recours à l'état de nécessité (20). Ils considéraient donc l'existence d'Etats autonomes comme une source très probable de troubles puisqu'ils la mentionnaient expressément. Leurs craintes s'avérèrent fondées : un vaste mouvement autonomiste agita certaines régions à partir de 1921 ; en 1922 les conditions d'une application de l'article 48 furent réunies en Bavière, et seule une question d'opportunité empêcha le Président Ebert d'y recourir ; mais il s'y trouva acculé l'année suivante pour étouffer la guerre civile qui s'étendait à la Saxe et à la Thuringe (21).

L'Union indienne allait connaître trente ans plus tard une histoire en tous points semblables. La partie XVIII de la constitution du 26 janvier 1950 organise d'une façon très détaillée, à la manière anglo-saxonne, l'aménagement des relations entre les provinces et l'Union en cas d'urgence. Il ressort de cette organisation que la forme fédérale doit disparaître provisoirement quand l'Etat est menacé car elle est incompatible avec la nécessité d'une riposte efficace et énergique (22). Les tendances contralisatrices et l'esprit de réalisme du Congrès (qui a largement dominé les débats à l'Assemblée constituante) sont à l'origine de ces dispositions.

Une crise dont l'origine était incontestablement dûe à l'autonomie provinciale allait leur donner l'occasion de s'appliquer moins de dix ans plus tard. Les communistes qui avaient été portés au pouvoir dans l'Etat du Kerala lors des élections de 1957 entreprirent en juillet 1959 des réformes radicales qui déclenchèrent des émeutes sanglantes. Le Président de l'Inde (sous l'impulsion du Premier Ministre) fit alors jouer la Présidence Rule dans un but non seulement spécial et répressif (rétablir l'ordre au Kerala), mais encore général et

---

(20) Article 48, alinéa 1 d'une part, alinéas 2 et suivants de l'autre.

(21) La Bavière alla jusqu'à affirmer sa souveraineté pleine et entière en matière financière, juridictionnelle et militaire. Le Président dut donner ordre à la Reichwer de pénétrer dans les territoires des Lander révoltés (le « coup de force de Dresde »).

Cf. Esmein : *Eléments de droit constitutionnel...*, précité, t. II, p. 90.

(22) L'article 352 prévoit les circonstances qui peuvent motiver la Proclamation d'urgence de la part du Président ; ce peut être un cas de « troubles intérieurs » (al. 1), ou un « danger imminent de troubles intérieurs » (al. 3), ce qui semble envisager entre autres l'éventualité d'une crise provinciale.

Les effets de la Proclamation d'urgence consistent en une concentration des pouvoirs très poussée. L'article 353 déclare que les Etats-membres peuvent perdre toute autonomie exécutive (« L'Union ira jusqu'à donner à tout Etat des directives quant à la manière dont le pouvoir exécutif de cet Etat devra être exercé ») et législative (le Parlement disposant alors du droit de légiférer dans des matières réservées aux Etats, droit qui peut être utilisé par le Président en cas de nécessité d'après l'article 123). Enfin, le Président peut se substituer totalement aux organes constitutionnels d'un Etat-membre dont le Gouvernement ne peut plus fonctionner normalement (art. 356).

L'ensemble de ces dispositions constitue la « Présidence Rule ».

préventif (donner un coup d'arrêt aux menées des communistes qui tentaient de noyauter d'autres Etats-membres pour mettre Nehru en difficulté) (23). L'autonomie constitutionnelle du Kerala a été utilisée par un parti qui refusait le jeu de la démocratie classique pour s'emparer du pouvoir et menacer le bon fonctionnement des institutions centrales ; elle a rendu inéluctable le recours à l'état de nécessité.

L'expérience américaine se présente sous un aspect différent mais tout aussi instructif. Une éventuelle rébellion d'un Etat-membre mettant en péril la nation toute entière n'y est plus à craindre depuis longtemps (24). Mais le fédéralisme n'en pose pas moins des problèmes pour la défense de l'Etat, entraînant une tendance générale à la centralisation en cas de crise.

La première guerre mondiale a provoqué un renforcement considérable du pouvoir central. Les mesures du New-Deal ont réduit l'autonomie des Etats : Roosevelt ne pouvait tolérer que le fédéralisme fasse échouer son entreprise de redressement économique. Les lois de pleins pouvoirs votées durant la seconde guerre mondiale ont encore fait reculer les droits des Etats (25). Il n'y a pas eu finalement de recours à l'état de nécessité au sens strict, mais seulement parce que des techniques de substitution avaient provoqué une mise en veilleuse du fédéralisme. Et c'est en partie à cause de l'inertie du Congrès, et plus précisément du Sénat, chambre fédérale, que le Président a dû intervenir de sa propre autorité dans la crise des Aciéries en 1952 (26).

Le problème racial dont la solution tarde tant à l'heure actuelle à cause de la mauvaise volonté de certains Etats dans des domaines où la constitution leur garantit une compétence exclusive (27) pourrait fort bien obliger le Président à agir spontanément à la place des autorités locales défaillantes, sans l'aide d'un Congrès hésitant et divisé.

D'autres exemples d'Etats fédéraux ou fortement décentralisés (28) pourraient encore être évoqués pour appuyer l'idée que les facteurs de démocratie relatifs à la forme de l'Etat favorisent le recours à l'état de nécessité. Il est plus intéressant de constater le même phénomène en ce qui concerne le régime politique.

---

(23) Tant sur le plan de la politique intérieure que sur celui de la politique étrangère. Cf. L'année politique 1959.

(24) Les Etats-Unis se sont trouvés cependant à l'origine dans une situation analogue à celle de l'Allemagne de Weimar ou de l'Inde. Les premières applications de l'état de nécessité par Lincoln ont été provoquées par la guerre de Sécession.

(25) Cf. A. Mathiot : *Le fédéralisme américain*, dans l'ouvrage collectif consacré au fédéralisme, déjà cité, pp. 241 et s.

(26) Ci-dessus, p. 58.

(27) Domaine scolaire notamment.

(28) L'autonomie très large laissée à quelques provinces est pour le gouvernement italien un sujet permanent d'inquiétudes. Les remous du Haut-Adige et du Val d'Aoste, et surtout les initiatives plus ou moins tumultueuses de la junte sicilienne pourraient fort bien l'obliger quelque jour à recourir à l'état de nécessité.

B. — *Le régime politique.*

La doctrine constitutionnelle classique reconnaît l'existence de trois types principaux de régimes politiques (29) : le régime présidentiel, le régime parlementaire et le régime d'assemblée. Chacun d'eux prétend apporter une solution à la fois efficace et démocratique au problème de l'organisation des rapports entre les pouvoirs publics. Leur influence sur le caractère plus ou moins inéluctable du recours à l'état de nécessité est en conséquence assez complexe : pour chacun d'eux, certains traits tendent à rendre le recours à l'état de nécessité inéluctable alors que d'autres agissent en sens inverse (30). Mais il est très intéressant de remarquer que les garanties de conformité à l'idéal démocratique offertes respectivement par les régimes présidentiel, parlementaire et d'assemblée sont en même temps ceux des éléments institutionnels de ces régimes qui rendent plus indispensable le recours à l'état de nécessité.

1. — Le régime présidentiel paraît offrir le minimum de risques de recours à l'état de nécessité parce qu'il organise un exécutif fort de par sa structure (31) et ses compétences (32). La présence de cet exécutif fort à la tête de l'Etat empêchera bien souvent la naissance et le développement des crises d'origine interne, et permettra en tout cas de rétablir rapidement l'ordre public menacé, les moyens matériels et coercitifs étant déjà concentrés entre les mains du Chef de l'Etat.

Mais la puissance de l'exécutif est contrebalancée, en régime présidentiel, par une séparation des pouvoirs stricte et égalitaire. Cette séparation, qui constitue la garantie démocratique du système, va rendre inéluctable le recours à l'état de nécessité.

Elle peut tout d'abord être à l'origine plus ou moins directe de circonstances qui rendront indispensable la concentration des pouvoirs nécessitée par la sauvegarde de l'Etat. Le régime présidentiel ne comporte pas de soupape de sûreté au cas où un conflit aigu éclaterait

---

(29) Une tendance se dessine depuis quelque temps pour reconstruire la classification des régimes politiques sur des bases nouvelles, inpirées davantage de la science politique (cf. J. Rivero : *Une nouvelle classification des régimes politique.* Rev. Fr. de Sc. pol., 1953, p. 849 — G. Vedel : *Rapport présenté au Congrès de l'Association internationale de Science politique, ibidem* 1958, p. 757). On peut néanmoins continuer à utiliser la classification traditionnelle à condition de ne lui accorder que la valeur d'un outil d'analyse.

(30) Il en résulte qu'on ne peut les présenter dans un ordre croissant ou décroissant de ce point de vue. L'ordre d'exposition que nous avons choisi est purement arbitraire.

(31) Base électorale très large, composition homogène, stabilité.

(32) Il jouit seul en principe de l'intégralité de la fonction exécutive. Le partage de certaines compétences exécutives entre le Président et le Sénat américains trouve son origine dans la forme fédérale de l'Etat et non dans le caractere présidentiel du régime.

entre les pouvoirs. Ce conflit peut mener soit au coup d'Etat qui menace directement le caractère démocratique du régime (33), soit à l'immobilisme qui rend le pouvoir impuissant à prévenir le développement de troubles intérieurs (34).

La séparation des pouvoirs rend ensuite difficile une riposte aux menaces qui peuvent soudainement peser sur l'Etat. Le Président peut avoir besoin de mesures législatives nouvelles pour appuyer l'exercice de ses compétences exécutives. L'absence de toute collaboration directe des pouvoirs retarde leur obtention de la part d'un Parlement disposé à les voter ; et le Président ne dispose d'aucun moyen de pression à l'encontre d'un Parlement hostile.

Cette infériorité du régime présidentiel se fait sentir vis-à-vis du recours aux techniques de substitution, et particulièrement pour l'adoption d'une loi de pleins pouvoirs. Une habilitation législative en faveur de l'exécutif va contre la philosophie du régime. Le Parlement hésitera à se dépouiller de prérogatives qui lui ont toujours été exclusivement réservées, d'autant plus qu'il ne dispose d'aucun moyen pour contrôler l'exercice qui sera fait des compétences législatives déléguées. Le désir du Congrès de se réserver une possibilité de sanction (directe ou par l'intermédiaire des tribunaux) explique ainsi que le Président américain n'ait bénéficié que d'habilitations législatives spéciales et fractionnées pendant la deuxième guerre mondiale, alors que le Parlement britannique accordait des pouvoirs quasi-illimités au Cabinet (35).

2. — Le régime parlementaire permet en effet d'éviter le recours à l'état de nécessité dans la mesure où il organise de façon permanente une collaboration des pouvoirs. Celle-ci favorise la solution des conflits entre le Parlement et le Gouvernement investi d'un large pouvoir d'action en matière exécutive et de nombreuses possibilités d'intervention dans l'exercice de la fonction législative quand il bénéficie du soutien parlementaire. Le recours aux techniques de substitution permanentes ou de circonstances s'en trouve facilité au maximum.

Mais la collaboration des pouvoirs s'accompagne de leur contrôle réciproque, qui permet au régime parlementaire d'être en harmonie avec l'idéal démocratique — plus que tout autre régime représentatif peut-être. Or le jeu de ce contrôle réciproque fait naître le besoin de recourir à l'état de nécessité.

La mise en jeu de la responsabilité politique des ministres et la dissolution sont des institutions dont le fonctionnement s'avère délicat. Leur utilisation inconsidérée engendre un climat politique favorable au développement de tendances antiparlementaires et antidémo-

---

(33) La succession des coups d'Etat dans les Républiques d'Amérique latine prouve que cette crainte n'est pas illusoire.

(34) Cas des Etats-Unis sous les dernières présidences républicaines. Ils n ont pu échapper au recours à l'état de nécessité que parce que le conflit entre les pouvoirs est demeuré à l'état latent.

(35) Revue internationale de droit comparé, 1952, p. 740.

cratiques qui peuvent obliger, à la suite d'une secousse un peu plus grave, un organe constitutionnel à concentrer tous les pouvoirs pour sauver l'Etat. Des chutes répétées de ministères peuvent entraîner la désaffection de l'opinion envers le jeu démocratique ; une dissolution considérée — à tort ou à raison — comme un coup de force dirigé contre le Parlement et contre la démocratie peut provoquer des manifestations populaires qu'un agitateur confisquerait aisément à son profit.

Un fonctionnement correct du régime ne met pas le pays à l'abri de tout recours à l'état de nécessité. Il suffit qu'une crise grave survienne de manière totalement imprévisible à un moment où l'Assemblée est dissoute ou le Gouvernement démissionnaire (36) pour que l'Etat ne puisse être sauvé autrement que par une concentration spontanée des pouvoirs. En dehors de cette hypothèse extrême, la collégialité du Gouvernement (37), élément démocratique du régime puisque c'est en elle que s'exprime la confiance parlementaire, est toujours plus ou moins une cause de faiblesse (38) ; les décisions sont le résultat de compromis, ce qui diminue leur efficacité ; la démission éventuelle de certains ministres risque d'amoindrir l'autorité du Gouvernement et d'effriter la majorité dont il dispose au Parlement.

3. — La situation sera encore plus défavorable de ce point de vue en régime d'assemblée. La stabilité de l'exécutif y est certes assurée dans la mesure où il doit exécuter la politique de l'Assemblée et non la sienne. Mais la garantie démocratique de ce régime qui réside dans une application intégrale de l'idée de représentativité le prédispose naturellement à devoir recourir à l'état de nécessité : représentativité et efficacité sont presque toujours en raison inverse l'une de l'autre.

Une assemblée politique livrée à elle-même est rarement capable de concevoir et de mener à bien une politique d'ensemble ; il lui faut un élément directeur (39), surtout en période de crise. Or le respect du principe représentatif empêche pratiquement l'organe exécutif d'un régime d'assemblée de jouer ce rôle. Il a conduit d'une part à donner l'essentiel des compétences à l'assemblée, organe hautement représentatif ; celle-ci accepterait dès lors difficilement de subir la discipline imposée par un organe que la constitution lui subordonne entièrement. Il a entraîné d'autre part une collégialité très poussée

---

(36) Les individus ou groupes qui cherchent à renverser le régime profiteront le plus souvent de ce moment pour déclencher leur attaque.

(37) Le rôle politique effectif du Chef de l'Etat étant très réduit en régime parlementaire, il n'y a lieu d'envisager ici que l'organe gouvernemental.

(38) La fonction de Chef de Gouvernement s'est certes considérablement développée dans les régimes parlementaires modernes (Burdeau : *Traité de science politique*, T. VII, pp. 241 et s.). Mais la prééminence du Chef de Gouvernement, même consacrée juridiquement, n'a rien de comparable à la supériorité absolue du Chef d'Etat présidentiel qui est la source exclusive du pouvoir de ses ministres.

(39) Officiel (Gouvernement parlementaire) ou officieux (Chef d'Etat présidentiel).

au sein de l'organe exécutif qui se présente comme la reproduction la plus fidèle possible de l'assemblée ; la détermination et la poursuite d'une politique cohérente y seront malaisées, d'autant plus que l'organe exécutif habitué à une position subordonnée pourra hésiter à assumer pleinement ses responsabilités de crainte de se voir ensuite désavoué par l'assemblée.

L'ensemble des fonctions étatiques souffre d'un manque général d'énergie en régime d'assemblée : les risques de tension à l'origine de menaces contre les institutions démocratiques en sont accrus, alors que les aptitudes de l'Etat à y faire face en sont diminuées. La recherche d'une représentativité très poussée y rend ainsi le recours à l'état de nécessité plus inéluctable.

Peu d'Etats ont délibérément adopté un régime d'assemblée à l'état pur, ce qui rend difficile une illustration totale de cette idée. Il est cependant possible de reconnaître la situation de la IV[e] République à travers la description de l'impuissance gouvernementale en régime d'assemblée (40). Et il est certain que le régime adopté par la Suisse (41) s'est ajouté à d'autres causes plus déterminantes (42) du recours à l'état de nécessité durant les deux guerres mondiales.

L'U.R.S.S. et les démocraties populaires font seules exception. Mais le régime d'assemblée y reste très largement théorique. Son influence sur le caractère inéluctable de l'état de nécessité y est au surplus compensée par le caractère de droit ou de fait de la constitution, dont l'influence montre également une corrélation entre la démocratie et le recours à l'état de nécessité.

§ 2. — *L'influence du caractère de la constitution.*

Le recours à l'état de nécessité est d'autant plus inéluctable que la constitution permet de réaliser plus difficilement une concentration des pouvoirs. Le pouvoir est toujours divisé en démocratie ; la facilité plus ou moins grande avec laquelle la constitution se prête à une réduction de cette division conditionne donc le caractère plus ou moins inéluctable du recours à l'état de nécessité. Il sera minimum en pays de constitution souple, maximum en pays de constitution rigide.

Gaston Jèze a présenté si clairement cette opposition que nous ne pouvons faire autrement que le citer presque intégralement :

> « Il peut exister dans l'organisation politique du pays considéré des obstacles constitutionnels — d'ordre non plus politique mais juridique — très difficiles à surmonter.

---

(40) La constitution de 1946 était plus près du régime d'assemblée que du régime parlementaire.

(41) Qui ne donne pas le spectacle d'un désordre politique permanent parce que certains facteurs l'éloignent en fait du régime d'assemblée.

(42) Ci-dessous, p. 168.

Les constitutions politiques se classent, suivant la formule de J. Bryce et de Dicey, en deux grandes catégories : les constitutions souples et les constitutions rigides.

Dans les pays à constitution souple, les Chambres ont le pouvoir de modifier toute l'organisation politique. En temps de guerre, elles pourront donc, si la chose paraît nécessaire, opérer *elles-mêmes* par la voie législative ordinaire, toutes modifications, si radicales soient-elles, conférer au gouvernement tous les pouvoirs, si formidables soient-ils, se dépouiller elles-mêmes de leurs prérogatives les plus essentielles. A la rigueur elles pourront décider que, pendant la durée de la guerre, toutes les décisions de quelque nature qu'elles soient — législatives, financières — seront prises par le Gouvernement et non plus par le Parlement. Tel est le cas de l'Angleterre, de l'Italie.

Il n'en est plus ainsi dans les pays à constitution rigide : dans ces Etats, la constitution a déterminé — d'une manière plus ou moins précise — les pouvoirs propres de chaque autorité publique. Chaque organe politique — si haut placé soit-il — n'a qu'un pouvoir constitué c'est-à-dire limité par la loi constitutionnelle. Dans ces constitutions, le Parlement n'est qu'une autorité constituée, dont la compétence et le mode d'exercice de cette compétence ont été délimités par une autorité politique supérieure, l'autorité constituante. Seule l'autorité constituante peut modifier cette compétence. Si, par exemple, la constitution a mis telle ou telle catégorie d'affaires en dehors de la compétence du Parlement, le Parlement ne pourra s'en occuper régulièrement, valablement, légalement, qu'après que la constitution aura été modifiée de manière à permettre au Parlement d'en connaître. De même, si la constitution a réservé au Parlement certains pouvoirs politiques — par exemple le pouvoir de légiférer le pouvoir de voter les crédits, le pouvoir d'établir les impôts ou les taxes, — le Parlement ne pourra pas décider que ces pouvoirs législatifs, financiers, etc... seront exercés par une autre autorité, par le Gouvernement. La compétence ne se délègue pas. Tel est le cas des Etats-Unis, de la France, de la Suisse, etc...

On voit combien, en temps de guerre, ces précautions, ces obstacles — qui peuvent être très sages pour le temps de paix — sont gênants et contraires à l'intérêt public » (43).

L'essentiel de la liaison entre le recours à l'état de nécessité et la rigidité de la constitution se trouve contenu dans ce passage. Nous n'y ajouterons que quelques remarques ou illustrations concernant les deux types de constitutions envisagées.

(43) *L'exécutif en temps de guerre*, R.D.P. 1917, pp. 11-12.

A. — *Les constitutions rigides.*

Il est peut-être bon d'insister, à propos des constitutions rigides, sur le fait que la rigidité de la constitution soit un élément de son caractère démocratique avant de rappeler qu'elle est aussi une cause de recours à l'état de nécessité.

1. — Une constitution rigide est plus démocratique qu'une constitution souple. Les Révolutionnaires français l'avaient bien senti lorsqu'ils empruntèrent au système constitutionnel américain l'idée d'une constitution rigide (44). L'évolution politique et constitutionnelle des Etats occidentaux l'a ultérieurement confirmé : la plupart d'entre eux ont adopté en même temps le régime démocratique et une constitution rigide.

La rigidité de la constitution sert d'abord la cause de la démocratie d'une façon indirecte en interdisant l'appropriation de la souveraineté par un organe constitutionnel au détriment du peuple souverain. Elle a empêché à l'origine que le monarque qui octroyait une constitution ne puisse profiter d'un Parlement favorable pour revenir sur ses concessions antérieures ; elle l'a obligé à se considérer comme lié par elles (45). Elle a empêché depuis un développement excessif de la souveraineté parlementaire : les assemblées connaissent au moins une limite à l'exercice de leurs pouvoirs (46 et 47).

La rigidité de la constitution est également favorable à la démocratie d'une manière plus directe. L'acceptation de la constitution par referendum y trouve sa conséquence la plus immédiate, en même temps que sa garantie essentielle : le texte solennellement adopté par le peuple est rigide parce qu'aucune modification ne peut lui être apportée sans une nouvelle intervention populaire ou, à défaut, sans le recours à une procédure complexe lui assurant une conformité avec la volonté du peuple plus certaine que celle d'une loi ordinaire.

Le caractère rigide de la constitution tend donc à apparaître de façon constante comme une conséquence et une garantie du caractère

---

(44) J. Lafferrière : *Manuel de droit constitutionnel*, pp. 58 et s.
Les premières constitutions françaises sont très rigides ; il faut attendre la constitution de l'an VIII et les Senatus-consultes du Premier Empire (donc un régime autoritaire) pour que des procédures plus souples apparaissent.

(45) La souplesse de la Charte de 1814 et du Statut italien de 1848 confirme *a contrario* cette idée.

(46) Encore que l'absence de toute procédure de contrôle de constitutionnalité des lois ait largement diminué l'effectivité de cette limite, en France notamment.

(47) La quasi-souplesse de la constitution de 1875 démontre aussi *a contrario* ce point. L'article 8 était la clef de voûte du système parce que les constituants voulaient tous faciliter au maximum la révision d'une constitution qu'ils considéraient comme provisoire.

démocratique de l'Etat (48). Or il constitue un facteur d'accroissement du caractère inéluctable du recours à l'état de nécessité.

2. — Cela apparaît tout d'abord à l'examen des différentes procédures envisagées par les textes pour assurer cette rigidité. La moins complexe, et aussi la moins respectueuse du caractère solennel de la constitution, consiste à exiger une majorité qualifiée dans les Assemblées législatives ordinaires (49 et 50) ; la survenance d'un danger grave menaçant l'Etat démocratique peut encore permettre de l'atteindre rapidement et facilement, en provoquant un regroupement, pour modifier ou suspendre tel article de la constitution dont l'application entraverait la sauvegarde de l'Etat. Mais il n'en ira plus de même si la constitution impose un délai de réflexion pour le dépôt, la discussion et le vote des projets de révision (51) ou si elle exige l'intervention d'un organe constituant spécial (52). Il est bien évident que, dans tous ces cas, il sera impossible de procéder constitutionnellement aux adaptations rendues nécessaires par la crise ou la menace de crise : la lenteur des procédures régulières, les remous que provoqueraient d'éventuelles élections... s'y opposent. L'un des organes constitués sera alors contraint de prendre seul les mesures de salut public même si elles impliquent suspension de certaines dispositions constitutionnelles.

La rigidité de la constitution peut aussi se trouver à l'origine de la crise. Ainsi l'obligation de n'opérer la révision qu'au bout d'un certain délai peut être aussi dangereuse qu'une séparation rigide des pouvoirs, pour une raison analogue : l'absence de soupape de sûreté. Un défaut de fonctionnement de la Constitution peut se révéler très rapidement ; l'interdiction d'y porter remède dans l'immédiat peut encourager à la fois la désaffection des citoyens envers ce régime qui fonctionne mal et les tentatives de coup de force dirigées contre

---

(48) En dépit du fait qu'une rigidité extrême puisse parfois se retourner contre le but poursuivi en liant le pouvoir constituant d'aujourd'hui par le pouvoir constituant d'hier ce qui, alors, devient anti-démocratique.

(49) Constitution italienne de 1948, art. 138.
Constitution de Weimar, art. 76.
Constitution française du 27 octobre 1946.

(50) Avec restauration de l'égalité entre les deux Chambres quand l'une d'elles a des pouvoirs inférieurs en matière législative ordinaire (Conseil Fédéral de la Loi Fondamentale de Bonn — Conseil de la République de la constitution française de 1946, partiellement). Ce retour à un bicaméralisme égalitaire alourdit la procédure en cas de crise.

(51) Constitution de 1791 — Titre VII, art. 5 (vote de trois législatures successives). Ou pire, si une crise survient dans les premières années d'application du texte initial alors que la révision est interdite (constitution de 1791 — Titre VII, art. 3).

(52) Ou la dissolution des assemblées entre la proposition et le vote de la révision (art. 131 de la constitution belge — art. 204 de la constitution des Pays-Bas qui exige en outre une majorité des 2/3 dans chacune des nouvelles Chambres). On peut assimiler à ce cas la ratification d'une constitution fédérale par une majorité d'Etats-membres.

lui par des minorités agissant dans un but fort peu démocratique. Le besoin d'une concentration des pouvoirs pourra se faire sentir si cette conjonction de circonstances met les institutions constitutionnelles en péril. La souplesse de la constitution eût permis de l'éviter.

B. — *Les constitutions souples.*

Il est inutile d'insister sur le fait qu'une constitution souple est plus loin de l'idéal démocratique qu'une constitution rigide : cela ressort à contrario de ce que nous avons dit des constitutions rigides. Mais il est possible de faire quelques remarques intéressantes sur le caractère inéluctable du recours à l'état de nécessité dans les pays à constitution souple, d'autant plus que quelques exemples viennent à l'appui.

1. — La doctrine constitutionnelle a mis depuis longtemps en lumière l'idée que le recours à l'état de nécessité était moins fréquent en pays de constitution souple (53), parce que souvent une certaine concentration du pouvoir est réalisée ou peut s'y réaliser sans recours à l'état de nécessité. Il existe tout d'abord une concentration du pouvoir législatif et du pouvoir de suspension constitutionnelle entre les mains du Parlement. Ceci permet d'éviter le recours à l'état de nécessité dans la mesure où le Parlement peut supprimer ou restreindre considérablement les libertés publiques constitutionnellement garanties quand une crise grave s'annonce. L'exercice des libertés peut en effet être à l'origine de troubles graves ou tout au moins entraver la défense de l'Etat, au point qu'un organe exécutif soit parfois obligé de le suspendre sur sa seule décision.

Il existe surtout la possibilité de recourir au vote d'une loi de pleins pouvoirs sans inconstitutionnalité. Le Parlement ne reculera pas devant cette mesure pour respecter une constitution qu'il a le pouvoir de modifier. Cette technique de substitution évitera une concentration spontanée des pouvoirs par l'exécutif, sans être elle-même une application de l'état de nécessité comme elle l'aurait été en pays de constitution rigide (54). C'est à cette dernière idée que Jèze s'est particulièrement attaché dans le passage que nous avons cité, en évoquant l'exemple italien et l'exemple anglais.

2. — Le Statut octroyé par Charles-Albert en 1848 ne prévoyait aucune procédure spéciale de révision constitutionnelle. Aussi la régu-

---

(53) Esmein : *Eléments de droit constitutionnel français et comparé*, t. II, p. 91.

Jèze, article précité.

Munci Kapani : *Les pouvoirs extraordinaires de l'exécutif en temps de guerre ou de crise nationale*, Th. Genève, 1949, p. 20.

(54) Ci-dessus, p. 105.

larité de la loi de pleins pouvoirs du 22 mai 1915 (55) ne souleva-t-elle aucune discussion parmi les juristes et les hommes politiques italiens. Cette loi autorisait le Gouvernement à se substituer presque totalement au Parlement (56), celui-ci qui n'était pas lié par la constitution pouvant fixer comme bon lui semblait les compétences respectives des Chambres et du Gouvernement (57). Les protestations ne vinrent que plus tard, pour des raisons essentiellement politiques (58). La loi votée le 30 novembre 1922 et accordant pleins pouvoirs à Mussolini ne souleva pas non plus de contestation quant à sa validité juridique. Elle parut même au moment la seule planche de salut pour l'Etat. Sans elle, Mussolini aurait recouru purement et simplement à l'état de nécessité ; la souplesse de la constitution permit de l'éviter.

La Grande-Bretagne n'a pratiquement pas connu le recours à l'état de nécessité (59). Le caractère éminemment souple de la constitution anglaise en est certainement l'une des premières raisons. Le Parlement anglais peut tout faire, ses compétences ne sont limitées ni dans l'objet ni dans la portée des Acts qu'il peut adopter. Il peut autoriser le Gouvernement à prendre toutes les mesures indispensables au salut de l'Etat, même celles qui portent gravement atteinte aux droits des citoyens ; il l'a fait au début de chaque crise grave dès que le besoin d'une concentration des pouvoirs entre les mains du Gouvernement s'est fait sentir. Le recours à cette technique de substitution a été rendu possible grâce à l'absence de toute discussion sur l'octroi de pouvoirs illimités au Cabinet par un Parlement qui détenait déjà la plénitude des fonctions législative et constituante. La souplesse de la constitution anglaise explique ainsi que la Grande-Bretagne ait pu assurer souvent sa défense sans recourir à une concentration spontanée des pouvoirs (60).

---

(55) Qui s'appuyait sur divers précédents tels que les lois du 2 août 1848, du 28 avril 1859, du 1er mai 1866. Cf. I. Tambaro : *Les décrets-lois en Italie*, R.D.P. 1922, p. 584.

(56) Il disposait du droit de prendre toutes mesures (y compris les mesures législatives, donc également les mesures constitutionnelles) pour la défense de l'Etat, la protection de l'ordre public, les besoins urgents ou extraordinaires de l'économie nationale ; il pouvait faire toute dépense nécessaire et créer toute ressource extraordinaire (pouvoir qui a été interprété de la façon la plus extensive puisqu'on y a inclus celui de créer de nouveaux impôts, prérogative réservée au Parlement par le Statut).

(57) Esmein, *op. cit.*, pp. 90 et s. Jèze. « Les pleins pouvoirs en Italie », R.D.P. 1917, p.

(58) Inquiétude de certains parlementaires devant la multiplication des décrets non soumis à ratification. Cf. la proposition de révision constitutionnelle du sénateur Sciajola en 1922 qui visait à réglementer les décrets-lois. Elle n'aurait d'ailleurs rien changé à la question, n'importe quelle loi ordinaire pouvant ultérieurement l'abroger. Cf. l'article de Tambaro précité.

(59) La jurisprudence et la doctrine anglaises ont examiné le problème en dehors de toute application concrète.

(60) Jèze précité.
Esmein précité.
Munci Kapani précité.

Elle ne suffit pas, cependant, à expliquer l'absence de *tout* recours à l'état de nécessité. Car le caractère souple d'une constitution réduit le besoin du recours à l'état de nécessité, il ne le supprime pas. L'exécutif peut devoir agir immédiatement sans avoir le temps de convoquer le Parlement et de s'expliquer ex-ante devant lui ; ou bien le Parlement peut être dans l'impossibilité de se réunir, ou se refuser à prendre les mesures indispensables au salut de l'Etat. Si la Grande-Bretagne ne s'est jamais trouvée dans ce cas, c'est que d'autres facteurs, extra-juridiques, — et en soi assez éloignés de l'idéal démocratique — se sont ajoutés à ceux qui résultaient du droit constitutionnel pour rendre le recours à l'état de nécessité moins inéluctable.

Sous-Section II

L'INFLUENCE DES FACTEURS EXTRA-JURIDIQUES SUR LE CARACTERE INELUCTABLE DU RECOURS A L'ETAT DE NECESSITE EN DEMOCRATIE PUREMENT REPRESENTATIVE

Les facteurs extra-juridiques qui influencent le caractère inéluctable du recours à l'état de nécessité sont très divers. C'est pourquoi nous avons dû les désigner par une expression de caractère négatif, donc nécessairement imprécise. Leur étude est malgré tout indispensable, car ils interfèrent constamment avec les facteurs juridiques, surtout à propos d'une question considérée souvent comme relevant davantage du fait que du droit.

L'influence de ces facteurs extra-juridiques s'exerce de manière globale, et ce n'est pas sans un certain arbitraire qu'on les isole aux fins d'analyse. Il semble possible, cependant, en fonction des données de l'observation et des études doctrinales antérieures, de considérer successivement l'influence des facteurs proprement politiques — en fait l'influence des partis politiques — et celle de ce que nous appelons, faute de mieux, l'infrastructure économique et sociale. Nous pourrons remarquer à propos de chacun d'eux que les éléments les plus démocratiques sont en même temps ceux qui rendent plus inéluctable le recours à l'état de nécessité.

§ 1. — *L'influence des partis politiques.*

L'importance du rôle des partis politiques dans le fonctionnement des institutions démocratiques est aujourd'hui unanimement reconnue (61). Leur nombre, leur structure, leur idéologie contribuent à

(61) La doctrine tente de refaire à partir d'eux la théorie de certaines questions fondamentales en droit constitutionnel : rapports entre les pouvoirs

renforcer ou à affaiblir le caractère démocratique de l'Etat. Ils augmentent ou diminuent en même temps le caractère inéluctable du recours à l'état de nécessité, en accroissant ou réduisant les risques de crise et en rendant plus ou moins aisée la défense de l'Etat par le seul jeu des institutions démocratiques.

A. — *Le nombre des partis politiques* (62).

L'influence du nombre des partis politiques sur le recours à l'état de nécessité peut s'énoncer sous la forme d'une loi presque mathématique : le recours à l'état de nécessité est d'autant plus inéluctable que le nombre des partis politiques est plus élevé. L'idéal démocratique exige d'autre part que les partis politiques puissent se développer librement ; il tend donc bien souvent à leur multiplication. Le rapprochement de ces deux idées met immédiatement en lumière l'existence d'une liaison entre le recours à l'état de nécessité et la démocratie. Une analyse plus détaillée de la conjoncture politique en fonction du nombre des partis permet de l'éclairer davantage.

1. — L'Etat de parti unique n'est même pas un Etat démocratique (63) : les contraintes policières ou psychologiques qui permettent seules de maintenir le système sont incompatibles avec le minimum de libéralisme que suppose même une forme très imparfaite de démocratie. La concurrence entre les partis (64) est l'un des critères les plus sûrs d'un régime démocratique. Un régime de parti unique élimine presque complètement le besoin de recourir à l'état de nécessité. Il laisse rarement se développer une forme quelconque d'opposition (65) et ne craint donc pas les troubles résultant d'un heurt entre opinions contradictoires. La riposte à toute menace de crise est prompte et ferme car elle est le fait d'hommes habitués à penser et à réagir de la même manière.

---

publics (G. Vedel : *Le problème des rapports entre le législatif et l'exécutif*, Rev. Fr. de Sc. pol., 1958, p. 757), structure et recrutement de l'exécutif et des assemblées (M. Duverger : *La VI^e^ République et le régime présidentiel — Les partis politiques*, p. 388 et s.).

(62) Il faut entendre par nombre des partis politiques, le recensement mathématique des groupements qui ont en vue la conquête et l'exercice du pouvoir, ainsi que les conséquences de l'importance relative de leurs adhérents et de leurs électeurs.

(63) Nous en disons cependant quelques mots ici parce qu'il sert de point de départ et de comparaison à notre étude, en principe limitée aux Etats démocratiques.

(64) Une concurrence pacifique et soumise à des règles du jeu communément acceptées.

(65) Les autocritiques permises présentent en général un caractère de complete homogénéité ; c'est l'opposition du présent au passé, peut-être, ce n'est pas l'opposition du présent au présent.

2. — Le régime de parti prépondérant est très voisin du régime de parti unnique : c'est celui où un parti détient la majorité absolue, souvent très largement, et ne trouve en face de lui qu'une poussière de petits partis trop opposés pour s'unir et faire contrepoids à la toute-puissance du parti prépondérant. Un tel système peut être qualifié de démocratique dans la mesure où il existe au moins une virtualité de concurrence (66). Mais il est encore très loin de l'idéal démocratique, car le parti prépondérant risque d'être ou de devenir oppresseur ; il tend à absorber ou à neutraliser ses adversaires grâce à sa puissance, et est souvent tenté de le faire par la violence (67).

Les risques de troubles y sont plus grands que dans un Etat de parti unique dans la mesure où un des petits partis d'opposition impuissant à prendre le pouvoir dans la légalité peut chercher à s'en emparer par la force (68). Mais le recours à l'état de nécessité n'y sera guère plus inéluctable : les organes constitutionnels sont suffisamment homogènes pour pouvoir prendre les mesures énergiques exigées par la situation de crise, directement ou au moyen de techniques de substitution.

3. — Le régime de bipartisme est certainement plus près de l'idéal démocratique que les régimes précédents. Un seul parti y détient certes la majorité absolue, mais il a en face de lui un parti puissant, susceptible de devenir majoritaire dans un proche avenir, qui le contraint à respecter les règles du jeu démocratique. Le bipartisme facilite grandement, au surplus, le fonctionnement des institutions démocratiques (69), au point d'apparaître à beaucoup comme un idéal.

Et cependant, il n'en est pas un, du point de vue démocratique au moins, car il comporte une très large part d'artifice dans les techniques et dans le principe. Il faut avoir recours pour le maintenir à un mode de scrutin qui assure une représentation souvent très déformée de l'électorat (70) et qui favorise les pressions sur l'électeur. Le bi-partisme limite arbitrairement le choix de l'électeur à deux options, qui ne correspondent certainement pas à l'infinie diversité des opinions

---

(66) C'est le cas de l'Inde qui est vraiment une démocratie malgré de nombreuses imperfections dues au sous-développement économique et politique.

(67) C'est le cas de bon nombre de jeunes Etats africains (à l'exception, peut-être, du Sénégal). Cf. F. Luchaire : *Les grandes tendances de l'évolution politique en Afrique Noire*, Rev. Fr. de Sc. pol., 1959, p. 578.

(68) Surtout si le parti prépondérant ne joue pas le jeu correctement. Dans ce dernier cas, les opposants peuvent se révolter au nom du principe démocratique, mais leur but n'est pas démocratique : leur triomphe serait celui d'une petite minorité.

(69) Notamment en ce qu'il permet pratiquement la désignation du chef de l'exécutif par le corps électoral, même si la constitution ne l'a pas directement prévu. (Cf. la Grande-Bretagne et, dans une moindre mesure, la République Fédérale allemande).

(70) Parfois même inversée (cas des élections britanniques de 1951).

dans un Etat libéral (71) : ou bien les deux grands partis accentuent leur opposition et l'électeur qui désire opter pour une voie moyenne est privé de cette possibilité ; ou bien ils l'atténuent, et l'éventail du choix se réduit encore davantage. Le bipartisme entraîne aussi un certain risque de sclérose et un relâchement du respect de la volonté populaire lorsque le même parti demeure longtemps au pouvoir (72). La situation n'est donc pas encore parfaite vis-à-vis de l'idéal démocratique.

Mais elle va permettre à l'Etat bipartisan de ne pas avoir besoin d'un recours trop fréquent à l'état de nécessité. Ce recours est certes plus inéluctable que dans un Etat de parti prépondérant : l'efficacité de la riposte y est moins grande parce que le parti majoritaire a en face de lui un adversaire dont la puissance (qui constitue précisément une garantie démocratique) peut le tenir en échec. Il doit tenir compte des réactions d'un adversaire toujours prêt à profiter de la moindre défaillance pour le desservir auprès de ses électeurs hésitants. Certaines mesures radicales qui auraient suffi pour conjurer une crise naissante ne seront peut-être pas prises par les hommes au pouvoir, par souci (qui est sans doute lâcheté en ce cas...) de ne pas s'aliéner ces voix marginales ; il faudra ensuite réparer cette carence par une concentration spontanée des pouvoirs. L'exécution des mesures énergiques peut en outre rencontrer des résistances assez sérieuses de la part du parti minoritaire (73), résistances d'autant plus gênantes qu'elles seront collectives et organisées, à la différence des réactions isolées que pouvait craindre un parti prépondérant.

Mais le recours à l'état de nécessité sera moins inéluctable dans un Etat bipartisan que dans un Etat de pluripartisme, plus démocratique. Le bipartisme assure l'homogénéité de la majorité parlementaire et de la structure gouvernementale. L'autorité et la stabilité de l'exécutif diminuent les risques de troubles. Le parti minoritaire évite d'ailleurs d'en susciter : il n'a pas intérêt à porter atteinte au fonctionnement

---

(71) Le Professeur G. Vedel a fait ressortir qu'en Europe occidentale, l'opinion a besoin d'au moins trois tendances pour s'exprimer valablement : conservatrice, démocrate-chrétienne et socialiste (Exposé au Congrès de la Fondation Européenne de la Culture — Toulouse 1961). On pourrait y ajouer une tendance libérale et les voix communistes.

(72) L'évolution actuelle de la Grande-Bretagne est typique à cet égard. L'élimination du parti libéral (peut-être pas définitive si l'on en croit certaines consultations partielles récentes) était déjà regrettable en ce qu'elle privait en fait une partie non négligeable du corps électoral de son droit d'expression. Le maintien prolongé des conservateurs au pouvoir les a entraînés à s'éloigner du fair-play traditionnel (le non-usage du droit de dissolution alors que des options capitales se posent à la Grande-Bretagne en est une manifestation très nette).

(73) Il n'en ira pas nécessairement ainsi : tout dépend du point de savoir si les deux grands partis ont tendance à se rapprocher ou à accentuer leur opposition. Dans le premier cas (Grande-Bretagne), le parti minoritaire collaborera plutôt à l'exécution des mesures préventives. Mais dans le second cas, qui est peut-être celui de la République Fédérale allemande, il se peut qu'il les entrave ; c'est dans cette perspective que nous nous plaçons ici.

d'institutions démocratiques qui peuvent lui être favorables lors d'une prochaine consultation électorale. Le parti majoritaire a la compétence juridique et la puissance politique pour faire face à une crise assez grave, directement ou en recourant à des techniques de substitution. Les citoyens exécuteront avec plus de discipline les mesures prises par un exécutif qu'ils ont eux-mêmes choisi en droit ou en fait.

4. — Le caractère inéluctable du recours à l'état de nécessité atteindra son maximum dans un régime de pluripartisme, qui est le plus normal pour un Etat démocratique. Le terme de pluripartisme recouvre au moins deux types de situations : parti dominant et multipartisme ; mais l'une et l'autre entraînent un besoin accru de recours à l'état de nécessité.

Le parti dominant (74) devra diriger les divers gouvernements à cause de sa position charnière ou de sa puissance électorale. Mais il devra chercher des alliés parlementaires, voire gouvernementaux, à cause de sa position minoritaire. L'obligation de composer qui en résultera pour lui favorise le caractère démocratique du régime : le souci de ménager l'opinion et les autres partis équivaut au contrôle démocratique effectué par l'opinion ou le parti d'opposition dans un régime de bipartisme (75).

Mais cette situation a des répercussions défavorables sur l'efficacité du pouvoir. La coexistence de plusieurs partis accroît les risques d'origine interne car elle entraîne toujours des frictions que la présence d'un parti dominant jouant un rôle directeur et coordonateur ne permet pas de résorber complètement. Ces heurts peuvent dégénérer en crise grave susceptible de menacer les institutions démocratiques. Or ce sera un exécutif hétérogène, ou tout au moins un exécutif soutenu par une majorité hétérogène, qui aura à faire face à cette menace (ou à toute autre). Ses décisions pourront manquer de promptitude et d'autorité s'il respecte la procédure normale, surtout quand cette procédure passe par la majorité parlementaire. Le chef du parti dominant devra dans l'intérêt de la démocratie prendre les mesures nécessaires à la sauvegarde de l'Etat au besoin sans l'appui

---

(74) C'est un parti qui, sans atteindre la majorité absolue dans le pays et au Parlement, sauf à de rares périodes, s'en rapproche néanmoins beaucoup (il remporte entre 40 et 50 % des voix). Il a en face de lui des partis beaucoup moins puissants qui ne peuvent se coaliser contre lui car ils sont trop éloignés pour s'unir, soit que le parti dominant soit un parti du centre (démocratie chrétienne en Italie), soit qu'il se trouve à une extrémité, mais avec un large éventail à son côté (parti socialiste dans les Etats scandinaves, face aux conservateurs, aux libéraux et aux agrariens). Cf. M. Duverger : *Institutions politiques et droit constitutionnel*, 1960, pp. 276 et s. et la bibliographie citée en note, à laquelle il faut ajouter l'ouvrage de R. Fusilier : *Les monarchies parlementaires*, Paris, 1960).

(75) A condition toutefois que le parti dominant ait le choix entre plusieurs coalitions ; autrement, un tout petit parti peut dicter sa loi au grand ce qui est peu démocratique.

des partis de soutien : il aura recours inévitablement à l'état de nécessité.

Le multipartisme (76) affaiblit au moins autant l'Etat, en dépit ou plutôt à cause de son égale conformité avec l'idéal démocratique (77) : risques de conflits permanents, de crise gouvernementale si l'on est en régime parlementaire, tentation consécutive de la politique du pire, hétérogénéité du Gouvernement, indiscipline du Parlement, mauvaise volonté dans l'exécution... On pourrait multiplier l'énumération : les raisons de l'accroissement du caractère inéluctable du recours à l'état de nécessité en régime de parti dominant jouent ici à plein, davantage même car aucun parti, aucun chef de parti, n'est capable d'assumer la fonction de catalyseur de la volonté nationale, capable de rassembler dans la légalité toutes les énergies avant de recourir aux mesures unilatérales extrêmes. Ainsi en était-il de la République de Weimar, ainsi en est-il de l'Italie dans la mesure où les divisions internes de la démocratie chrétienne tendent à lui faire perdre son rôle de parti dominant.

Il existe donc une influence directe du nombre des partis politiques sur le caractère inéluctable du recours à l'état de nécessité, et qui présente une corrélation certaine avec son influence sur le caractère démocratique de l'Etat.

B. — *La structure des partis politiques.*

L'immense variété d'organisation et de méthodes d'action des partis politiques rend difficile tout essai de systématisation relatif à la structure des partis politiques. Nous pourrons cependant constater que la souplesse ou la rigidité des partis n'a pas en soi d'influence sur le recours à l'état de nécessité, mais qu'elle n'en a pas non plus sur le caractère démocratique du régime. Cet aspect négatif de la corrélation entre état de nécessité et démocratie n'est pas totalement négligeable.

1. — L'idéal démocratique n'a pas d'exigence relative à la structure des partis. Le parti rigide semble à première vue moins démocratique que le parti souple puisqu'il enserre l'individu dans des limites assez étroites et impératives, et qu'il accentue l'indépendance de l'élu

---

(76) C'est-à-dire la concurrence entre un certain nombre de partis d'importance analogue, quitte à ce que des partis plus petits existent auprès d'eux.

(77) Il permet la traduction sur le plan de l'exercice des pouvoirs de l'infinie diversité de l'opinion publique, normale dans un régime de démocratie libérale qui permet l'expression de toutes les idées et de toutes les nuances de ces idées. Les abus du multipartisme, tels que les a connus la France sous les Troisième et Quatrième Républiques, conduisent parfois à un gouvernement peu démocratique où le citoyen ne se sent plus « représenté ». Mais on peut se demander si ces abus ne tiennent pas plus au système représentatif qu'au multipartisme.

vis-à-vis de l'électeur. Mais la réalité est plus nuancée : le parti rigide peut être très démocratique en soi et favoriser la démocratie au niveau des institutions. Il suffit pour cela que la hiérarchie et la discipline proviennent non de la dictature arbitraire du leader ou de l'oligarchie dirigeante, mais de la volonté de la base qui intervienne effectivement dans la vie du parti (78). Dans un parti ainsi démocratisé, c'est la rigidité qui est la plus compatible avec la démocratie : elle seule peut assurer la soumission permanente des dirigeants, particulièrement des représentants parlementaires, à la volonté de la majorité. L'électeur est assuré que son représentant, choisi en fonction du programme présenté par le parti qui le soutenait, ne s'écartera pas de la ligne de conduite qu'il avait tracée durant la campagne électorale. Le parti souple peut fort bien en revanche, être très éloigné de l'idéal démocratique et aboutir à confisquer la souveraineté populaire au profit d'une petite minorité de notables.

Les arguments s'entrecroisent donc dans l'un et l'autre sens, ce qui rend impossible toute affirmation certaine sur le caractère démocratique ou non démocratique de la souplesse ou de la rigidité d'un parti.

2. — L'influence de la structure des partis sur le caractère inéluctable du recours à l'état de nécessité ne joue pas non plus à sens unique, car elle se combine avec d'autres traits du régime des partis (nombre surtout). La question de la souplesse ou de la rigidité des partis ne se pose pas en régime de parti unique, et ne se pose guère en régime de parti prépondérant, qui sont presque inéluctablement des partis rigides. On peut en revanche l'étudier en régime de bipartisme et en régime de pluripartisme. L'influence de la structure des partis sur le caractère inéluctable du recours à l'état de nécessité sera radicalement différente selon qu'on se trouvera dans l'une ou l'autre situation.

La rigidité des partis ne peut en général que diminuer le recours à l'état de nécessité en régime bipartisan car elle est un facteur de renforcement de la puissance de l'exécutif appuyé sur une majorité parlementaire sûre. Celle-ci lui permet de maintenir l'ordre dans l'Etat et de réagir avec vigueur et rapidité devant les menaces qui peuvent survenir contre le caractère démocratique des institutions. La souplesse des partis, au contraire, surtout lorsqu'elle est plus marquée au parti majoritaire qu'au parti minoritaire, risque de réserver parfois des surprises fort désagréables à l'exécutif et de l'acculer à concentrer entre ses mains tous les pouvoirs pour sauver l'Etat s'il se heurte au mauvais vouloir de certains membres de son parti (79).

---

(78) Pour désigner les chefs, approuver le programme, contrôler son application, etc...

(79) On peut cependant relever des exceptions à ce qui n'est qu'une indication d'ordre très général : il est manifeste, par exemple, qu'aux Etats-Unis la souplesse des partis est plutôt favorable à l'action du Président ; elle lui permet de ne pas se trouver bloqué par une assemblée où son propre parti n'est pas

La situation est plus confuse en régime de pluripartisme. Il s'y produit assez souvent ce qui se produit aux Etats-Unis et qui était une exception dans un Etat bipartisan : la souplesse des partis, en permettant les majorités de rechange, facilite le recours à des techniques de substitution, ou une solution plus rapide des crises d'origine institutionnelle ; il est ainsi possible d'éviter le recours à l'état de nécessité dans une certaine mesure. Mais il est tout aussi vrai de dire que la souplesse des partis, en accroissant les possibilités d'alliance entre les diverses formations politiques, accroît en même temps la fragilité de ces alliances ; la force, la stabilité, l'autorité et l'indépendance de l'exécutif peuvent s'en trouver profondément affectées. Le recours à l'état de nécessité apparaîtra dès lors inéluctable.

Que conclure en présence de ces quelques remarques ? Rien de très déterminant, si ce n'est la double absence de liaison entre la structure des partis d'une part, l'idéal démocratique et le recours à l'état de nécessité d'autre part. C'est au moins une présomption en faveur de l'idée de base que nous avons cru pouvoir discerner. Un troisième aspect de l'influence des partis va en vérifier l'exactitude.

C. — *L'idéologie des partis.*

L'influence de l'idéologie des partis sur le recours à l'état de nécessité en démocratie se fait sentir essentiellement par l'intermédiaire de partis à l'idéologie non démocratique, mais ces partis ne peuvent développer leur activité qu'à la faveur du caractère démocratique de l'Etat : ceci confirme que l'Etat démocratique est obligé de recourir à l'état de nécessité précisément parce qu'il est démocratique.

Les partis dits « idéologiques » sont en général des partis foncièrement anti-démocratiques. Des partis ont certes lutté autrefois au nom de la démocratie ; mais l'idéologie démocratique tirait alors sa force du fait qu'elle se présentait comme une doctrine d'opposition ; elle a perdu sa combativité à partir du moment où elle a triomphé sur le principe dans la grande majorité des Etats. Il n'existe pratiquement plus aujourd'hui de parti qui fasse de la démocratie son idéologie distinctive : les partis démocratiques ou bien sont des partis sans idéologie, ou bien ont une idéologie qui s'inspire de théories étrangères à la démocratie en soi (80). En revanche, les partis qui affirment une idéologie *politique* le font en s'opposant à l'idéologie démocratique classique : partis d'extrême droite (de type autoritaire, fasciste ou autres) ou partis d'extrême gauche (parti communiste ou anarchiste).

---

majoritaire, grâce à des majorités de rechange composées de transfuges du parti adverse. Seulement, il s'agit là d'une situation un peu spéciale qui trouve son origine dans le décalage de date entre les élections présidentielles et les élections à la chambre des Représentants.

(80) Socialisme, démocratie-chrétienne par exemple...

Ces partis font évidemment courir les plus graves dangers à l'Etat démocratique. Sources d'agitation permanente, usant de moyens que la démocratie ne saurait admettre, ils l'obligent à une vigilance de tous les instants. Ils le contraignent à se tenir prêt à riposter à la moindre tentative dirigée contre les institutions lorsque leur activité dépasse une certaine ampleur.

Mais l'Etat démocratique ne peut demeurer constamment dans cette situation d'alerte, qui comporte notamment de nombreuses restrictions aux libertés publiques ; un relâchement est indispensable au maintien de son caractère démocratique. Le recours à l'état de nécessité sera souvent le seul moyen de compenser la diminution d'efficacité qui en résultera, même au cas où la crise ne serait pas provoquée par les partis non démocratiques qui, pour des raisons tactiques, préféreraient se plier provisoirement aux règles du jeu démocratique. Ces partis ont en effet un intérêt certain (81) à empêcher l'Etat démocratique de faire face aux menaces qui peuvent s'élever contre lui. Ils ont tout avantage à laisser s'envenimer des conflits susceptibles de mener aux plus grands désordres. Les partis d'extrême droite pourront, quand la situation sera suffisamment détériorée, se présenter à une opinion lasse de l'anarchie comme les défenseurs de l'Ordre (82) ; les partis d'extrême gauche s'emploieront à entraver la défense de l'Etat (83) si cela peut précipiter la désagrégation d'une institution bourgeoise et capitaliste qu'ils estiment inscrite dans le devenir historique.

Tout Etat démocratique connaît cette coexistence de partis démocratiques et de partis antidémocratiques. C'est l'idéologie démocratique elle-même qui permet aux idéologies antidémocratiques d'éclore et de se propager, parce qu'elle part du principe que toutes les opinions sont également dignes de respect, méritent également de pouvoir s'exprimer, au nom de la dignité et de la liberté de l'homme. La démocratie prend ainsi un risque énorme, mais elle ne peut pas ne pas le prendre ; sans cela, elle se renierait elle-même (84). La démocratie est condamnée à tolérer ce ver qui la ronge de l'intérieur ; elle n'est même pas libre de choisir ses moyens de défense qui ne peuvent être de même nature que les moyens dont usent ceux qui

---

(81) Et ils n'en font d'ailleurs pas mystère...

(82) Ainsi ont procédé le fascisme et le national-socialisme pour s'emparer de l'appareil d'Etat.

(83) Avec parfois l'habileté suprême de dissimuler cette attitude sous le voile d'une pseudo-défense des institutions démocratiques.

(84) L'Etat qui prohibe un parti politique, fut-ce au nom du principe démocratique, est infidèle à l'idéal démocratique. La Loi Fondamentale de la République Fédérale allemande encourt à cet égard une très grave critique. L'article 21 qui permet au Tribunal Constitutionnel Fédéral d'interdire un parti politique non-démocratique est en contradiction flagrante avec la théorie démocratique, en dépit de l'idéalisme qui l'a inspiré.

l'attaquent (85) ; elle doit se limiter à des moyens démocratiques. Il n'existe qu'une seule exception à cet impératif : c'est lorsque le danger est tel que la démocratie ne saurait survivre sans transgresser provisoirement ses propres lois. C'est alors que s'impose le recours à l'état de nécessité.

Ajoutons une dernière remarque relative cette fois aux partis sans idéologie. Leur développement excessif peut favoriser le recours à l'état de nécessité. Une absence totale d'idéologie tend à faire perdre aux groupements qui s'intitulent « partis politiques » leur caractère politique au sens strict. Ce ne sont plus à la limite que des représentants d'intérêts, des groupes de pression. Or ceux-ci peuvent être très dangereux pour l'Etat démocratique et rendre inéluctable le recours à l'état de nécessité. Leur influence ne relève d'ailleurs plus du domaine du politique, mais s'intègre dans l'influence exercée plus généralement par l'infrastructure économique et sociale sur le caractère inéluctable du recours à l'état de nécessité en démocratie.

§ 2. — *L'influence de l'infra-structure sociale et économique.*

Il est impossible d'épuiser une telle question en quelques pages ; il est même difficile d'en faire le tour car il faudrait évoquer la société tout entière, infiniment riche et diverse. Nous avons donc dû nous limiter plus modestement à l'étude de quelques points qui représentent de façon assez typique des facteurs matériels et moraux essentiels. Nous avons ainsi retenu le tempérament national, la philosophie du droit, le degré de développement économique, l'existence de groupes de pression. Nous pouvons discerner à travers eux (86) une certaine tendance au parallélisme déjà noté entre le caractère inéluctable du recours à l'état de nécessité et le caractère démocratique de l'Etat.

A. — *Le tempérament national.*

Le tempérament national si souvent présenté comme la cause de tel échec ou de telle réussite sur le plan constitutionnel peut servir à expliquer le caractère plus ou moins inéluctable du recours à l'état de nécessité en démocratie. Plusieurs siècles d'histoire ont créé entre les hommes d'une même nation (87) une similitude de pensée et de comportement d'où se dégagent certains traits caractéristiques. On peut ainsi reconnaître un tempérament anglo-saxon, un tempérament

---

(85) Même sur le plan des moyens non-violents, telle la propagande. Cf. J. Ellul « Propagande et démocratie », *Rev. Fr. de Sc. Pol.*, 1952, p. 474. J. Driancourt : *La propagande, nouvelle force politique*, 1950.

(86) Avec toutes les nuances qu'impose la nature incertaine des recherches auxquelles on se livre en ce domaine.

(87) Ou de nations voisines...

latin, un tempérament germanique (88), dont certains aspects — en général les plus démocratiques — favorisent le recours à l'état de nécessité.

1. — Le tempérament anglo-saxon semble posséder un secret pour concilier dans une large mesure démocratie et efficacité. La Grande-Bretagne est tout aussi favorisée par le tempérament de ses nationaux pour éviter le recours à l'état de nécessité qu'elle ne l'est par le bipartisme et la souplesse de sa constitution. On trouve à la base de ce tempérament un fonds commun de discipline et de réalisme qui contribue à renforcer grandement l'autorité de l'Etat. L'habitude séculaire de soumission au droit, la modération générale qui affecte jusqu'à l'expression d'idées très révolutionnaires parce qu'elle est indispensable à leur acceptation par l'opinion, toute cette somme de qualités sociales que l'on résume dans l'expression de « fair-play », ont pour effet d'éliminer ou plutôt de ne pas provoquer les risques de crise d'origine interne. L'empirisme tant vanté des gouvernants et des gouvernés, de la majorité et de l'opposition, permet une adaptation facile des institutions aux besoins nés d'une menace extérieure. Les démocraties anglo-saxonnes ont pu se défendre avec des mesures moins radicales que l'état de nécessité, car prises à temps pour être efficaces, là où d'autres démocraties se sont laissées prendre au dépourvu au nom d'un dogmatisme excessif (89).

Il nous faut cependant remarquer que tous ces facteurs favorables à une diminution du caractère inéluctable du recours à l'état de nécessité ne sont pas en eux-mêmes particulièrement démocratiques (90). Ils favorisent en pratique le fonctionnement de la démocratie, mais n'ont aucun rapport avec la théorie démocratique. On pourrait peut-être même tenter d'insinuer que, un peu comme cela nous est apparu à propos du bipartisme, plusieurs de ces traits du tempérament anglo-saxon peuvent se révéler en discordance partielle avec l'idéal démocratique : l'autodiscipline consentie risque de dégénérer en un conformisme subi passivement (91), l'empirisme naturel risque de devenir systématique et le défaut de base doctrinale de se faire cruellement sentir aux heures où un assaut de théories contraires à la démocratie serait livré avec quelque véhémence... Ce ne sont là que des hypothèses,

---

(88) Pour ne nous limiter qu'aux plus typiques des démocraties occidentales...

(89) Nous avons déjà eu l'occasion de noter le rôle joué par les lois de pleins pouvoirs en Angleterre (ci-dessus, p. 111) ; le phénomène est plus large et s'étend à d'autres techniques de substitution de fait (discipline particulière de la Chambre des Communes en période de crise, effacement volontaire de la Chambre des Lords...). Les citoyens américains ont quelquefois su réaliser des adaptations analogues, dans une moindre mesure et sous des aspects plus limités.

(90) A l'exception sans doute de l'aspect « fair-play ».

(91) Les Etats-Unis nous en offrent un exemple avec cette forme de délire collectif et puéril qu'était le maccarthysme : il n'avait pas d'autre origine qu'un conformisme démocratique mal compris.

mais leur éventualité nous oblige à ne pas passer totalement ce problème sous silence.

2. — Le tempérament latin s'oppose sur presque tous les points au tempérament anglo-saxon. Il n'est pas pour autant inapte à vivre sous un régime démocratique (92), mais il considère la démocratie d'une tout autre façon que le tempérament anglo-saxon : celui-ci en fait presque uniquement une règle de vie pratique, celui-là y voit avant tout une théorie logique. Le tempérament latin a une tendance très nettement marquée au dogmatisme, qui se traduit sur le plan des institutions par un juridisme souvent excessif (93).

Ce trait conduit déjà au recours à l'état de nécessité par l'intermédiaire de facteurs juridiques telle la rigidité de la constitution. Il y conduit aussi par la façon dont il marque la société. Les courants d'opinion trouvent leur inspiration, en pays latin, dans des théories plutôt que dans la réalité ; ils sont érigés en systèmes opposés, dont l'affrontement est à la fois une source permanente de troubles et une cause d'affaiblissement du pouvoir écartelé par les tendances entre lesquelles il doit arbitrer (94). Le caractère inéluctable du recours à l'état de nécessité s'en trouve accru.

Ce recours est considéré par le tempérament latin avec un sentiment mitigé. Il sera parfois accepté avec enthousiasme comme moyen d'opérer des réformes par une voie radicale, plus révolutionnaire qu'évolutive. Il reste néanmoins regardé dans l'ensemble avec méfiance ; l'incompatibilité de l'état de nécessité avec la logique démocratique est un vice rédhibitoire pour des esprits cartésiens. Cela n'empêche pas le recours à l'état de nécessité, au contraire. La suspicion dont il est l'objet s'étend jusqu'aux techniques de substitution parce qu'elles s'éloignent de l'idéal démocratique (95), en dépit de leur inspiration démocratique. Le tempérament latin préférera s'en tenir à ce qui est intellectuellement logique sans se rendre toujours compte que cette position deviendra vite intenable en cas de crise grave. Et il sera trop tard ensuite pour se satisfaire de demi-mesures : il faudra aller jusqu'à la concentration totale et spontanée des pouvoirs.

3. — Nous allons retrouver dans le tempérament germanique des traits qui s'apparentent au tempérament anglo-saxon et d'autres qui se rapprochent du tempérament latin ; l'ensemble n'en forme pas moins

(92) On l'entend parfois affirmer par référence aux Etats *latino*-américains. Mais le tempérament latin est aussi bien celui de nations comme la France et l'Italie.

(93) Qui constitue parfois un véritable fétichisme de la règle de droit (écrit).

(94) Remarquons également que le dogmatisme démocratique du tempérament latin se nourrit souvent de préjugés qui affaiblissent encore l'autorité des organes constitutionnels : le mythe de l'exécutif faible en est un exemple...

(95) Ou plus exactement de l'idée que s'en sont forgée les théoriciens démocrates...

un composé original. Le tempérament germanique s'accommode très bien d'institutions démocratiques (96), mais il leur imprime certaines orientations qui ont de l'influence sur le recours à l'état de nécessité.

Le tempérament germanique a emprunté au tempérament latin le goût du dogmatisme, avec cette nuance que ce qui était raison pure se double et s'enrichit de considérations s'apparentant au phénomène « croyance ». Le rationalisme cartésien et individualiste fait place, dans le domaine de la théorie politique, à une certaine mystique hégélienne et étatiste. Il en résulte un renforcement très net de l'autorité de l'Etat, considéré comme l'Idée qui réussit à concilier les contraires et à permettre le dépassement des contradictions. Cela n'est pas nécessairement incompatible avec la démocratie, au contraire ; l'Etat démocratique vise également à concilier les contraires et dans cette mesure exige et justifie de disposer d'une autorité absolue (97). Mais cela impose aux institutions germaniques certains impératifs qui ne sont pas sans risques pour la démocratie : l'Etat se devant d'être fort se doit d'être organisé de façon à disposer de l'autorité suffisante pour assurer l'ordre public.

Ce goût de l'ordre est une des composantes les plus caractéristiques du tempérament germanique. Il rappelle en un sens la discipline anglo-saxonne, bien que l'inspiration n'en ait pas le caractère pragmatique ; il tend, comme elle, à rendre moins inéluctable le recours à l'état de nécessité : toute la nation aura tendance à se resserrer en temps de crise autour des organes de l'Etat auxquels leur structure et leur compétence donnent déjà en temps normal de très larges possibilités susceptibles d'empêcher la naissance et le développement de troubles. Leur tâche sera ainsi facilitée au maximum, tant au stade de l'adoption qu'à celui de l'exécution de mesures qui suffisent à assurer la sauvegarde de l'Etat démocratique sans aller jusqu'au recours à l'état de nécessité.

Une autre conséquence de la mystique germanique de l'autorité peut, en revanche, rendre le recours à l'état de nécessité inéluctable lorsque l'Etat est démocratique. La démocratie risque de heurter la mystique allemande de l'autorité dans la mesure où elle est obligée d'admettre une diminution de l'efficacité du pouvoir politique (98). Elle peut paraître un régime dégradant à partir du moment où elle s'avère par trop impuissante. La lassitude vient vite, puis l'écœurement,

---

(96) La soi-disant incompatibilité du tempérament germanique avec la démocratie a été affirmée encore bien davantage que celle du tempérament latin. Cette opinion résulte très certainement d'un préjugé hâtivement accepté en fonction de certaines expériences passées. La volonté des constituants de Weimar et de Bonn, l'application de la Loi Fondamentale de la République Fédérale allemande depuis quinze ans, les institutions d'autres pays totalement ou partiellement germaniques (Autriche, Suisse...) démontrent amplement le contraire.

(97) C'est la toute-puissance de la volonté générale chez Rousseau...

(98) C'est cette idée qui se trouve au point de départ du préjugé selon lequel le tempérament germanique serait incompatible avec la démocratie.

enfin le dénigrement systématique et l'adhésion à des idées autoritaires. Que se produira-t-il alors ? Ou bien des individus partisans d'une doctrine autoritaire utiliseront le recours à l'état de nécessité comme prétexte, et dans ce cas il sera inéluctable au moins par les circonstances, sinon par nature. Ou bien — et c'est là le plus important — les organes constitutionnels sentiront la désaffection grandir vis-à-vis d'une démocratie impuissante et se rendront compte de la menace que font peser les propagandes anti-démocratiques ; ils tenteront de ranimer la confiance populaire dans la valeur de la démocratie, pour défendre les institutions, et devront pour cela prouver que la démocratie sait se montrer efficace quand il le faut : le recours à l'état de nécessité s'imposera alors inéluctablement dans l'intérêt de la démocratie. C'est le processus qui a joué dans la République de Weimar.

B. — *La philosophie dominante du droit* (99).

La philosophie du droit est une discipline juridique qui se relie très directement aux croyances religieuses : le problème essentiel y est le choix entre un système de droit naturel et le positivisme juridique, et la théorie du droit naturel découle des conceptions catholiques en matière de philosophie du droit (100) alors que le positivisme juridique n'a pu voir le jour et se développer qu'en réaction contre les théories de droit naturel (101).

Il existe un certain rapport entre le caractère démocratique d'un Etat et la philosophie du droit qui y règne. Nous avons déjà dit que le positivisme juridique était plus facilement compatible avec la démocratie qu'une doctrine de droit naturel (102). Cette idée en appelle une autre plus large : on a pu relever une certaine opposition entre pays à mentalité catholique et pays de culture non catholique (pratiquement pays protestants) dans leur attitude vis-à-vis de la démocratie. Dans les premiers, le sens de la hiérarchie et de l'autorité qui prédominait en matière spirituelle a été transposé, inconsciemment peut-être, sur le plan politique. L'égalité et la liberté qui sont inhérentes à la démocratie y ont donc trouvé un terrain assez peu favorable. Dans les pays touchés par la Réforme (103), le développement de l'indivi-

(99) En un sens, la philosophie dominante du droit n'est qu'un aspect du tempérament national. On peut néanmoins l'en détacher, étant données l'importance et la spécificité des implications métaphysiques qui sont à la base.

(100) Même si une laïcisation est intervenue par la suite, qui peut se targuer de n'être pas sans précédent dans l'Antiquité.

(101) D'où la condamnation du positivisme juridique par l'Eglise catholique, d'ailleurs beaucoup moins ferme et surtout de portée beaucoup moins générale qu'on a bien voulu le dire...

(102) Ci-dessus, p. 49.

(103) Dont l'origine est une querelle relative au rôle respectif de la hiérarchie et de la liberté individuelle en matière religieuse.

dualisme dans le domaine religieux s'est répercuté dans le domaine politique. Le libéralisme, première étape de l'avènement de la démocratie, a été fortement aidé par le protestantisme (104).

Les Etats à mentalité catholique auraient tendance à admettre le recours à l'état de nécessité plus facilement que les pays protestants. Ils ont l'habitude d'un pouvoir concentré et surtout une conscience aiguë de la suprématie du bien commun, principe essentiel du droit naturel. Ils penseront naturellement que n'importe quel organe de l'Etat peut — et doit — recourir à l'état de nécessité si cela est exigé par le bien commun. La conception du droit naturel est tout autre dans les pays protestants ; ses conséquènces rejoignent pratiquement le positivisme juridique (105). Rien ne saurait dès lors fonder le droit d'un individu d'interpréter seul les exigences du bien commun.

Le recours à l'état de nécessité sera cependant plus inéluctable là où il est le mieux accepté. C'est la conséquence des deux conceptions métaphysiques de base : le libéralisme qui va de pair avec le protestantisme est un élément de faiblesse dans l'Etat, la tendance autoritaire que favorise le catholicisme a plutôt pour résultat de renforcer l'autorité du pouvoir.

Cette analyse ne saurait être autre chose que l'indication d'une tendance, au demeurant très relative (106) et qui va en s'affaiblissant (107). L'influence de la religion dominante sur le recours à l'état de nécessité s'exerce surtout par des réflexes hérités du passé. Elle se dilue progressivement dans l'influence plus générale exercée en ce domaine par le tempérament national. Cette régression est en contraste avec l'importance croissante de l'influence du degré de développement économique sur le recours à l'état de nécessité.

C. — *Le degré de développement économique* (108).

L'influence des phénomènes économiques sur le recours à l'état de nécessité est devenue très forte dans l'Etat moderne où l'économie

---

(104) Lafferrière : *Manuel de droit constitutionnel*, p. 55. L'Angleterre, la Hollande et les Etats-Unis, ont été au cours des XVII^e^ et XVIII^e^ siècles le refuge des écrivains libéraux persécutés par les monarques absolus.

(105) Ces pays admettent le droit naturel puisqu'ils se rattachent à une tradition chrétienne ; mais il n'existe aucun substratum organique. Aussi est-ce à chacun, donc à tous, c'est-à-dire à la majorité, d'interpréter le bien commun.

(106) Nous avons surtout envisagé les Etats anglo-saxons comme pays protestants ; mais les pays germaniques sont également à majorité protestante. Chez eux, le phénomène ne joue pas, ou fort peu. C'est sans doute qu'il n'a pas partout et toujours les mêmes conséquences ; l'environnement social le conditionne très largement.

(107) L'opposition entre pays catholiques et pays protestants s'atténue beaucoup du fait de la laïcisation de l'Etat. L'antinomie démocratie-religion catholique n'est plus valable : l'Eglise elle-même l'affirme (cf. l'encyclique « Pacem in terris » de Jean XXIII).

(108) Cf. Schumpeter : *Capitalisme, socialisme et démocratie.*

conditionne l'ensemble de la vie nationale. Le déséquilibre d'un secteur peut constituer une menace contre l'Etat (109), et la défense de la démocratie exiger la main-mise des organes constitutionnels sur les principaux leviers de commande de l'économie (110). Le caractère démocratique de l'Etat est, d'autre part, étroitement dépendant de sa situation économique : il est essentiel de réaliser les conditions économiques d'une démocratie politique réelle.

Cette double influence de l'économie — et plus précisément du degré de développement économique — est une nouvelle occasion de vérifier qu'un Etat est d'autant plus obligé de recourir à l'état de nécessité qu'il est plus démocratique. Nous pouvons, pour fixer les idées, nous placer à trois stades caractéristiques d'une économie en croissance.

1. — Le recours à l'état de nécessité n'est inéluctable dans un pays en voie de développement que dans la mesure où l'Etat est démocratique. Un Etat démocratique ne saurait en effet pratiquer une planification rigide, parce qu'elle supprime certaines libertés ; il ne peut aller au-delà d'une planification souple. Or seule une planification rigide peut assurer une croissance harmonieuse de l'économie à son départ. Une planification souple — *a fortiori* une absence de planification — ne peut pas garantir l'équilibre d'une économie qui commence à prendre son essor. Il est fatal qu'à un moment donné toute la croissance économique se trouve compromise par un décalage entre les secteurs ; le recours à l'état de nécessité s'impose alors afin que ne soient pas anéantis les efforts antérieurs vers une élévation du niveau de vie, d'ailleurs indispensable au bon fonctionnement de la démocratie (111).

2. — Le recours à l'état de nécessité sera indispensable dans une économie de type classique (112) pour des raisons qui tendent à découler de l'aspect authentiquement démocratique de cette économie : l'application intégrale du libéralisme en matière économique.

La doctrine économique classique n'est guère favorable à un recours à l'état de nécessité. Elle croit en la valeur du libéralisme économique et en l'existence de lois naturelles qui assurent automatiquement le rétablissement de l'équilibre économique pour peu qu'on

---

(109) Soit en lui-même s'il conduit à une paralysie de l'activité nationale (crise des Aciéries aux Etats-Unis en 1952), soit par ses conséquences sociales et humaines (Allemagne de Weimar).

(110) La nécessité de contrôler rigoureusement les activités de production et de distribution a été l'un des motifs les plus impérieusement déterminants de la réunion de tous les pouvoirs sur la tête des chefs de l'exécutif des démocraties occidentales pendant les deux dernières guerres.

(111) Au moins quant à un certain minimum.

(112) Telle la structure économique de la Grande-Bretagne, de la France, de l'Allemagne juste avant la première guerre mondiale et un peu après, et celle des Etats-Unis jusqu'en 1929 et le New-Deal consécutif.

les laisse jouer spontanément. Elle pense que toute crise économique porte en elle-même ses propres remèdes et que ceux-ci suffiront à assurer la sauvegarde des institutions démocratiques, sans qu'il faille recourir à l'état de nécessité. Et l'économie ne saurait, dans cette optique, apporter de meilleure contribution à la défense de l'Etat en face d'une menace quelconque que le jeu de son libre fonctionnement. Aucun besoin de concentrer des pouvoirs économiques ne saurait donc être à l'origine d'un recours à l'état de nécessité.

Mais les faits ont vite montré l'erreur des conceptions doctrinales : il n'y a sans doute pas de lois naturelles de l'économie susceptibles de porter remède aux crises ; leur coût humain serait en tout cas trop élevé pour qu'on puisse les laisser jouer. Cette découverte s'est faite progressivement et elle entraîne peu à peu un abandon plus ou moins total du capitalisme pur. Mais l'état de nécessité est indispensable tant que le libéralisme domine encore l'économie : l'arrivée des crises surprend toujours une société prospère et entraîne des conséquences sociales d'une telle ampleur que le régime démocratique lui-même s'en trouverait compromis si un organe constitutionnel ne recourait à l'état de nécessité (113).

Les économies des démocraties modernes ont dépassé ce stade ; mais le caractère inéluctable du recours à l'état de nécessité n'a pas pour autant disparu ; de nouvelles causes sont venues remplacer celles que le dirigisme avait pour but de supprimer.

3. — Les économies que l'on pourrait qualifier de « socialisées » (114) cherchent à atteindre l'idéal démocratique non plus par le jeu d'un libéralisme intégral, mais par la réalisation de l'égalité économique, corollaire indispensable de l'égalité politique.

Cette orientation nouvelle réduit les risques de troubles d'origine purement économique, et rend plus facile la défense de l'Etat contre des menaces extérieures. Des techniciens surveillent constamment l'économie et sont en mesure de conseiller au pouvoir politique les remèdes préventifs dès l'apparition de la moindre défaillance. La mobilisation générale des moyens économiques nécessaires à la défense nationale est relativement facile, car le pouvoir politique dispose déjà de la direction des secteurs essentiels. L'existence d'un pouvoir suffisamment concentré en période normale évite, en un sens, de recourir à l'état de nécessité.

Mais l'économie socialisée implique un accroissement considérable des tâches de l'Etat, et aussi des exigences des gouvernés envers le

---

(113) Cf. les répercussions de la crise de 1929 aux Etats-Unis et en Europe, particulièrement dans l'Allemagne de Weimar.

(114) Il ne faut pas les confondre avec les économies socialistes au sens strict du terme, où toute l'économie est étatisée. Ici, seuls les moyens de production d'importance majeure sont plus ou moins entre les mains de l'Etat qui dispose d'armes économiques et politiques (nationalisations, système de crédit...) pour les plier à la volonté du pouvoir politique.

pouvoir. L'Etat a une mission très lourde à remplir et doit, par conséquent, disposer de pouvoirs étendus. La forme socialisée de l'économie ne réalise pas toujours une extension suffisante par rapport à l'ampleur de la tâche, et il faudra y suppléer par le recours à l'état de nécessité. Le pouvoir politique de l'Etat socialisé ne peut pas s'abstenir d'intervenir seulement parce qu'il manque de moyens, comme le faisait le pouvoir politique de l'Etat capitaliste ; il méconnaîtrait sans cela les exigences qui sont celles de la volonté populaire dans une économie de bien-être.

Le pouvoir économique et le pouvoir politique n'appartiennent d'ailleurs pas toujours aux mêmes organes constitutionnels, et le pouvoir économique lui-même peut être divisé. Le recours à l'état de nécessité s'imposera alors en cas de crise pour réunir entre les mêmes mains les diverses branches du pouvoir économique et, par-delà, le pouvoir économique et le pouvoir politique. Cela sera d'autant plus nécessaire que la garantie démocratique d'une économie socialisée réside en général dans le jeu de rouages complexes : commissions consultatives d'experts, réunion de représentants d'intérêts, dialogues plus ou moins institutionnalisés avec les syndicats, etc... L'urgence pourra contraindre à négliger ces procédures, une mauvaise volonté éventuelle des divers participants également. Car ce sont le plus souvent des groupes de pression, dont l'influence se fait sentir parfois très lourdement sur le caractère inéluctable du recours à l'état de nécessité.

D. — *L'existence de groupes de pression.*

Bon nombre de ces groupes sont des groupes d'intérêt de type industriel et financier. Mais le problème est beaucoup plus large : il englobe l'étude du rôle que peuvent jouer dans l'Etat les actions collectives les plus variées, correspondant à la défense d'idées de tous ordres. Cette variété rend difficile toute généralisation, et nous devons nous contenter de quelques remarques inspirées très largement de ce que nous avons dit des partis politiques (115).

L'existence de groupes de pression doit être considérée comme légitime, surtout en démocratie. C'est le prolongement collectif de certaines libertés individuelles (116). Le groupe doit simplement user de moyens non violents, qui laissent aux organes politiques la liberté d'arbitrage indispensable.

Mais le propre du groupe de pression est souvent de tenter de faire prévaloir ses vues par n'importe quel moyen, pourvu qu'il soit efficace. Cela constitue un très grave danger pour l'Etat démocratique.

---

(115) D'autant plus que la frontière est parfois assez difficile à tracer entre les deux...

(116) Réunion, association, syndicat...

Les groupes de pression peuvent créer des troubles permanents, ils peuvent s'infiltrer au sein des organismes dirigeants et leur imposer des mesures contraires à l'intérêt général. Il ne sera plus temps de recourir à des moyens démocratiques quand cet intérêt général se trouvera gravement compromis ; ces moyens risquent au surplus d'être inefficaces, le groupe de pression pouvant en fausser le jeu. Le recours à l'état de nécessité sera la seule ressource. Un pouvoir concentré sera mieux à même de résister à l'assaut d'un groupe de pression qu'un pouvoir divisé (117).

Il faut noter tout spécialement le rôle que l'armée peut être amenée à jouer (118). Elle est indispensable à la défense des institutions démocratiques, mais elle est aussi un facteur important du caractère inéluctable du recours à l'état de nécessité. Elle peut être à l'origine de la crise qui menace les institutions démocratiques. Des hommes qui sont habitués à commander ou à obéir sans discussion sont parfois irrités par les lenteurs de la procédure démocratique et tentent d'agir eux-mêmes directement pour réaliser ce qu'ils pensent être de l'intérêt de la nation même si la volonté populaire est en sens contraire (119). Même quand le loyalisme de l'armée n'est pas en cause, le simple besoin d'efficacité qu'elle porte en elle peut pousser à recourir à l'état de nécessité en cas de crise : que de fois n'a-t-on pas vu de ces conflits entre l'état-major et les chefs politiques, le premier poussant les seconds à prendre des mesures radicales exigeant une concentration spontanée des pouvoirs entre les mains de leur auteur ?

Le seul moyen vraiment efficace pour éviter que l'armée en particulier et les groupes de pression en général ne contraignent l'Etat démocratique à recourir à l'état de nécessité serait finalement de neutraliser ces groupes de pression en leur opposant un pouvoir politique doté d'une forte autorité. De nos jours, cette autorité ne peut avoir d'autre source que la volonté populaire exprimée de la façon la plus nette possible. La démocratisation de l'Etat est donc le meilleur remède. Et quelle meilleure démocratisation envisager que de passer de la démocratie représentative à la démocratie semi-directe ?

Malheureusement, l'adoption de la démocratie semi-directe ne peut guère diminuer le besoin de recourir à l'état de nécessité ailleurs que sur ce point précis. Nous allons voir que, d'une manière générale, le recours à l'état de nécessité est encore plus inéluctable en démo-

---

(117) La concentration du pouvoir sera d'autant plus indispensable que les groupes de pression mèneront une action désespérée ou une action clandestine. La première suppose en effet l'emploi de la force pour résister et un pouvoir concentré est mieux placé pour user de la force ; la seconde suppose une très grande fermeté vis-à-vis des organes chargés de la lutte contre l'action clandestine, et un pouvoir concentré en jouira également plus facilement.

(118) C. J. Friedrich étudie dans un même chapitre « La dictature constitutionnelle (état de néecssité) et le gouvernement militaire », *La démocratie constitutionnelle*, p. 387 et s.

(119) Cas du putsch d'avril 1961 en France.

cratie semi-directe qu'en démocratie purement représentative. Ceci confirme que le recours à l'état de nécessité est d'autant plus inéluctable que l'Etat est plus démocratique.

Section II

LE RECOURS A L'ETAT DE NECESSITE EN DEMOCRATIE SEMI-DIRECTE

Tous les facteurs juridiques et extra-juridiques dont nous venons de voir l'influence sur le caractère inéluctable du recours à l'état de nécessité ne sont pas l'apanage de la seule démocratie représentative : ils jouent également un rôle en démocratie semi-directe. Mais l'importance de ce rôle est loin de revêtir l'aspect primordial que nous lui avons découvert en démocratie purement représentative ; un autre élément vient lui ravir sa situation de premier plan : la forme semi-directe de la démocratie (120).

Il pourra sembler étrange a priori de mettre la démocratie semi-directe dans cette étude sur le même plan que la démocratie purement représentative. La doctrine constitutionnelle a tendance à la considérer comme une pièce de musée, admirable en théorie mais inutilisable en pratique. Le droit positif reflète cette opinion : il compte fort peu d'exemples de démocratie semi-directe, alors que ceux de démocratie purement représentative sont légion...

Mais la rareté des études doctrinales et des applications pratiques ne signifie pas que la démocratie semi-directe ne puisse pas être plus répandue, encore moins qu'elle ne doive pas l'être. Un examen intrinsèque de cette forme de démocratie peut seul fonder un jugement de valeur. Or cet examen révèle, à notre avis, que la démocratie semi-directe est à la fois souhaitable et possible dans un Etat moderne.

Rousseau avait déjà montré l'insuffisance de la représentation par rapport à l'idéal démocratique (121). Son argumentation demeure valable : il y a antinomie entre la souveraineté qui ne se délègue pas et la représentation, véritable aliénation provisoire mais réelle de la souveraineté. Il faut dès lors tempérer la représentation — inévitable dans un Etat moderne — par des procédés qui fassent jouer au peuple

---

(120) Un régime est de démocratie semi-directe lorsque l'exercice du pouvoir se trouve confié pour partie à des organes représentatifs et pour partie au peuple grâce à certains procédés qui lui permettent de participer lui-même directement a un certain nombre de décisions politiques. Cf. Lafferrière : *Manuel de droit constitutionnel*, pp. 430 et s.

(121) Contrat Social Livre III, Chapitre XV.

un rôle plus actif que l'élection périodique des députés, si l'on veut s'éloigner au minimum de l'idéal démocratique. L'expérience de la souveraineté parlementaire — si familière aux français — a prouvé concrètement la justesse des vues de Rousseau (122). L'évolution sociale ultérieure n'a pu que rendre encore plus souhaitable l'adoption de la démocratie semi-directe. L'éducation démocratique a fait des progrès, la masse des citoyens s'intéresse un tant soit peu à l'exercice du pouvoir politique (123). L'introduction de la démocratie semi-directe constitue le meilleur moyen de concilier l'aspiration des masses à influer sur l'exercice du pouvoir et la nécessité de plier cette aspiration aux règles du jeu démocratique : elle empêche que le peuple ne demeure passif et n'abdique sa souveraineté entre les mains d'un pouvoir autoritaire pour des raisons d'efficacité.

La démocratie semi-directe renforce en effet l'efficacité du pouvoir. Le recours à ses procédés (124) accroît la force morale de la décision politique. Un referendum présente sur le vote d'une assemblée parlementaire l'avantage de trancher nettement et définitivement (125) le nœud gordien des problèmes controversés (126). Un Etat qui pratique la démocratie semi-directe n'est pas un Etat faible. On l'a cru trop longtemps par référence au droit positif où démocratie semi-directe et régime d'assemblée vont souvent de pair. Mais il s'agit d'une coïncidence qui n'a rien d'obligatoire. L'Etat est affaibli, en réalité, par la remise en question perpétuelle des actes de ses organes ; des décisions qui sont l'œuvre du peuple s'imposeront avec force car les citoyens les respecteront d'autant plus qu'ils s'en sentiront les auteurs.

Mais ce surcroît d'efficacité offert par la démocratie semi-directe ne se produit qu'à long terme. Un régime de démocratie semi-directe est, à court terme, moins efficace que tout autre parce qu'il est plus démocratique : la démocratie et l'efficacité sont antinomiques dans l'immédiat. Rien d'étonnant dès lors à ce que la liaison entre le caractère démocratique de l'Etat et le caractère indispensable du recours à l'état de nécessité apparaisse très nettement en démocratie semi-directe. La recherche des raisons du recours à l'état de nécessité en démocratie semi-directe montre que ce recours est inéluctable au maximum parce que l'idéal démocratique est le mieux appliqué ; et l'exa-

---

(122) Reprises — l'aspect péjoratif en moins — par Carré de Malberg, *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, t. II, pp. 199 et s. Nous-mêmes avons tout naturellement employé, en étudiant les facteurs qui influent sur le caractère démocratique d'un régime représentatif, des expressions telles que « aggraver » ou « corriger » le caractère peu démocratique du régime.

(123) Même si la source de cet intérêt n'a rien d'idéaliste...

(124) Rendu plus facile qu'autrefois par le progrès technique (diffusion de l'information notamment...).

(125) Dans le relatif tout au moins.

(126) On avait proposé d'y recourir en France à propos du problème scolaire ou de la querelle de la C.E.D. La V^e^ République l'a utilisé dans cette optique pour le renversement de la politique algérienne.

men des expériences vécues par la France de la Convention et par la Suisse pendant les deux guerres mondiales confirme les conclusions de l'étude théorique.

§ 1. — *Les raisons de l'accroissement du caractère inéluctable du recours à l'état de nécessité en démocratie semi-directe.*

La démocratie semi-directe se réalise par deux règles — qui sont les deux faces d'une même médaille — : d'une part les citoyens doivent pouvoir décider eux-mêmes des questions importantes et d'autre part aucune question importante ne doit être tranchée sans leur assentiment (127). Cette double exigence implique l'usage de procédés permettant l'expression directe de la volonté populaire et un partage entre les décisions importantes soumises au peuple et les décisions secondaires laissées aux représentants. La nature de ces procédés et l'existence d'un domaine réservé au peuple rendent inéluctable le recours à l'état de nécessité.

La progression parallèle du caractère démocratique de l'Etat et du caractère inéluctable du recours à l'état de nécessité va plus loin : le recours à l'état de nécessité s'avère d'autant plus inéluctable que les procédés de démocratie semi-directe se rapprochent de l'idéal démocratique et que leur domaine d'application est plus étendu.

A. — *Les différents procédés de démocratie semi-directe et le recours à l'état de nécessité.*

Les procédés de la démocratie semi-directe authentique (128) sont des techniques trop lourdes pour être utilisées en période de crise : leur mise en œuvre demande en particulier trop de temps eu égard à la rapidité exigée par les circonstances, sans compter les perturbations qu'elle peut susciter dans un Etat déjà menacé de troubles. Il faudra recourir à l'état de nécessité. La liaison entre ce recours et

---

(127) Cette règle a conduit M. Duverger (*Droit constitutionnel et institutions politiques*, 5e éd., 1960, p. 233, et avec plus de nuance, *ibid.*, 6e éd. 1962, p. 229) à lancer contre la démocratie semi-directe le reproche de conservatisme, au vu notamment de l'expérience suisse. Les citoyens répugneraient, selon cet auteur, aux changements profonds, même nécessaires ou opportuns. Mais l'essence de la démocratie n'est-elle pas justement de laisser les citoyens apprécier eux-mêmes la nécessité ou l'opportunité ?

(128) Nous ne considérons pas comme procédé de démocratie semi-directe la désignation du chef de l'exécutif par le peuple comme le fait M. Duverger dans son ouvrage *La VIe République et le régime présidentiel* (avec toutes les précautions utiles pour éviter les confusions, p. 41), et encore moins cette sorte de dialogue — qui est plutôt un monologue — entre le Président de la Ve République et le peuple : la suppression des intermédiaires entre le peuple et la décision n'est pas totale, car le Président de la République intervient pour conditionner le vote populaire.

le caractère démocratique de l'Etat transparaît dans le fait que les techniques qui donnent au peuple le rôle le plus actif sont aussi celles qui rendent le recours à l'état de nécessité le plus inéluctable. Ce sont, dans un ordre qui nous semble croissant de rapprochement avec l'idéal démocratique : le veto populaire, le referendum, l'initiative populaire.

1. — Le veto populaire est le moins révolutionnaire des procédés de démocratie semi-directe par rapport à la démocratie représentative pure. Il ne donne au peuple qu'un droit négatif : celui de s'opposer pendant un délai déterminé à la décision d'un organe représentatif, juridiquement parfaite dès l'origine (129). La décision demeure l'œuvre exclusive des représentants, comme dans la démocratie purement représentative ; elle perd seulement son caractère définitif (130 et 131). Cela peut accroître le caractère inéluctable du recours à l'état de nécessité ; mais cet accroissement n'est pas considérable.

Le déclenchement d'une procédure de veto ressemble à l'opposition d'une minorité à une décision qui dispose a priori de toute l'autorité conférée par l'approbation de la majorité des représentants. Il peut arriver, dès lors, que des individus ou des groupes usent et abusent du droit de déclencher le veto à des fins étrangères au bien commun. Une utilisation répétée du procédé peut semer la perturbation dans l'Etat au point de rendre indispensable une concentration spontanée des pouvoirs.

Le veto populaire affaiblit d'autre part la résistance de l'Etat. Il diminue l'efficacité des décisions prises par les organes constitutionnels pour faire face à une menace quelconque. Ces décisions sont en droit parfaites dès l'origine, mais leur autorité souffre en pratique de ce que les citoyens les savent non définitives (132). Il est impensable que l'on puisse permettre à quiconque de provoquer la remise en cause d'une mesure indispensable au salut de l'Etat en période de crise (133) : le déroulement des opérations de veto comporterait trop de risques pour la sûreté de l'Etat ; une menace grave altère au sur-

---

(129) Lafferrière : *Manuel précité*, p. 430.

(130) Son adoption par la constitution italienne de 1948 montre bien qu'il s'agit d'une forme édulcorée de démocratie semi-directe. L'Italie avait toujours vécu en démocratie purement représentative et ne peut s'en éloigner que très progressivement.

(131) Le veto n'a pas été employé souvent en droit positif malgré sa proximité avec le régime représentatif parce qu'il comporte un risque de désaveu toujours désagréable et humiliant pour les parlementaires. Il fallait le désintéressement et l'idéalisme des premiers conventionnels pour y consentir (Vedel : *Cours de droit constitutionnel et d'institutions politiques*, 1960-1961, p. 591).

(132) D'autant plus qu'en temps normal, des organes constitutionnels sursoient à l'exécution des lois soumises au veto pour éviter les inconvénients qui résulteraient d'une annulation ultérieure obligeant à remettre les choses en l'état.

(133) Même si cette remise en cause est l'œuvre des citoyens, même si elle est demandée dans un esprit de loyalisme total.

plus trop profondément les conditions exigées par un fonctionnement correct de l'institution. Les organes constitutionnels seront donc obligés d'empêcher, au besoin par la force, le déclenchement du veto, dans l'intérêt de la démocratie. Ils imprimeront ainsi à leur décision un caractère définitif (134), de leur seule volonté : ils auront recours à l'état de nécessité.

La portée de ce recours est cependant assez limitée. Les mesures de nécessité ont été prises par un organe qui avait compétence pour les édicter et, qui plus est, pour leur donner seul valeur juridique. La concentration du pouvoir se résout ici en une privation d'un droit populaire, qui bénéficie indirectement à un organe représentatif. Le caractère « négatif » du veto — encore assez loin de l'idéal démocratique — explique que l'étendue du recours à l'état de nécessité soit assez faible par rapport à ce qu'elle est dans un régime qui connaît des procédés de démocratie semi-directe plus positifs.

2. — Le referendum, procédé le plus courant de démocratie semi-directe, assure une large participation du peuple à l'exercice du pouvoir politique. Les textes constitutionnels peuvent cependant l'organiser selon deux modalités (facultative ou obligatoire) (135) qui le rendent plus ou moins démocratique et qui, en même temps, modifient son influence sur le caractère inéluctable du recours à l'état de nécessité.

Le referendum facultatif permet de considérer une décision comme acquise du fait de l'écoulement d'un certain délai qui vaut approbation tacite en l'absence de toute volonté populaire contraire (136). Il rend inéluctable le recours à l'état de nécessité pour des raisons analogues au veto législatif, mais renforcées : il est impossible d'attendre l'écoulement du délai d'approbation tacite d'une mesure indispensable à la sauvegarde de l'Etat ; les organes représentatifs devront appliquer immédiatement la décision en s'appropriant un pouvoir qui ne leur appartient pas. Ils pourraient certes provoquer un referendum (d'eux-mêmes ou par l'intermédiaire d'un parti politique) et faire approuver expressément les mesures qui s'imposent.

---

(134) Au moins pour la durée de la crise, car il devra y avoir contrôle ultérieur.

(135) Nous écartons le referendum dit « d'arbitrage » (constitution de Weimar, art. 11 de la constitution française de 1958 et les autres exemples cités par Burdeau, *Traité de Science politique*, t. VI, p. 228) car le peuple ne jouit d'un droit de participation à l'exercice du pouvoir que dans la mesure où un organe représentatif le lui accorde. Le peuple se prononce donc comme s'il était le délégué de cet organe. Nous pouvons d'ailleurs noter en passant que ce referendum n'a aucunement pour effet de rendre inéluctable le recours à l'état de nécessité puisque les projets de lois éventuellement soumis à l'approbation populaire peuvent tout aussi bien être adoptés sans qu'on ait besoin de passer par elle.

(136) Il y a une grande différence avec le veto : la manifestation de la volonté populaire est indispensable à la perfection juridique de la décision, qui ne saurait en aucun cas s'appliquer avant qu'elle ne soit acquise. Le peuple est un organe actif dans la procédure législative, il y intervient de façon positive (Lafferrière, précité).

Mais le délai serait encore trop long. Aucun referendum ne saurait en outre se dérouler démocratiquement en période de crise : la liberté indispensable à la campagne électorale est trop dangereuse pour l'Etat, certains électeurs risqueraient de ne pas pouvoir participer au vote (137). Les organes parlementaires et gouvernementaux devront donc s'opposer à toute demande de referendum.

Les mêmes remarques valent, bien entendu, pour le referendum obligatoire, plus démocratique encore puisque la carence de certains organes ou une indifférence populaire artificiellement entretenue ne peuvent pas permettre l'adoption d'une loi qui ne recueillerait pas la majorité des suffrages populaires. Le recours à l'état de nécessité sera même plus inéluctable qu'avec le referendum facultatif : l'usage du referendum obligatoire risque de déclencher une crise auparavant latente là où il aurait été possible d'attendre l'écoulement du délai de referendum facultatif sans porter un trop grand préjudice à l'Etat.

3. — L'initiative populaire donne au peuple un rôle encore plus étendu puisqu'il se trouve à la source même de la décision politique (138). Elle comporte également le maximum de causes de recours à l'état de nécessité : elle cumule de ce point de vue les effets du veto et ceux du referendum. Elle peut être à l'origine d'une crise dans la mesure où elle crée une agitation excessive dans l'Etat. Les organes représentatifs peuvent être contraints de s'y opposer, au besoin par la force, lorsque son exercice compromettrait gravement l'ordre public en période de crise. Cette attitude équivaut à un recours à l'état de nécessité (139).

L'influence de tous ces procédés de démocratie semi-directe sur le recours à l'état de nécessité est donc certaine ; elle est d'autant plus forte, dès lors, que leur domaine d'application est plus étendu.

---

(137) Si la crise est d'origine extérieure (occupation du territoire) ou intérieure (révolte d'une région). Le simple bon sens rejoint ainsi l'expérience qui a été à l'origine de l'art. 89 al. 4 de la constitution française de 1958 : « Aucune procédure de révision ne peut être engagée ou poursuivie lorsqu'il est porté atteinte à l'intégrité du territoire. »

(138) Ceci explique sans doute sa rareté en droit positif. L'Italie qui semble la consacrer la défigure totalement car l'initiative populaire n'y est pas suivie de referendum et n'oblige même pas les organes représentatifs à débattre de la proposition.

(139) Il en irait notamment ainsi si les organes représentatifs se substituaient au peuple pour provoquer les modifications du droit positif imposées par les circonstances, dans la mesure où l'initiative de ces modifications serait réservée au peuple (ce que le droit positif n'a encore jamais consacré à notre connaissance).

B. — *Le domaine de la démocratie semi-directe et le recours à l'état de nécessité.*

L'introduction de la démocratie semi-directe dans le domaine constitutionnel est déjà un grand progrès vers l'idéal démocratique ; il reste néanmoins limité. Le véritable régime de démocratie semi-directe est celui où veto, referendum ou initiative populaire jouent aussi en matière législative. Or le recours à l'état de nécessité est plus inéluctable dans le second cas que dans le premier.

1. — L'application de la démocratie semi-directe dans le domaine constitutionnel entraîne un accroissement du caractère inéluctable du recours à l'état de nécessité. Nous rejoignons ici ce que nous avons dit des conséquences de la rigidité constitutionnelle sur le recours à l'état de nécessité (140). Nous sommes en effet en présence d'une constitution qui offre le maximum de rigidité lorsque sa révision exige l'emploi d'une technique de démocratie semi-directe. Il suffit de penser à la longueur des délais et aux difficultés de l'organisation d'un referendum ou d'une initiative populaire. Un organe représentatif devra recourir à l'état de nécessité pour peu que la sauvegarde de l'Etat exige des mesures nécessitant la suspension d'une disposition constitutionnelle. Il en sera ainsi lorsque l'exécutif devra disposer de tous les pouvoirs alors que la constitution n'autorise même pas une habilitation législative (141) ; il en ira ainsi également au cas où des libertés publiques garanties par la constitution devraient être provisoirement supprimées dans l'intérêt du salut public.

L'exemple de la France (142) vient à l'appui de cette idée. Que se serait-il passé en 1940 et en 1958 s'il n'avait pas été possible de suspendre la constitution sans recourir au referendum ? Les lois constitutionnelles du 10 juillet 1940 et du 3 juin 1958 auraient sans doute été votées, mais elles auraient été dépourvues de toute régularité juridique (143). De bons esprits objecteront que les événements ultérieurs se seraient déroulés exactement de la même façon. Cela n'est pas si

---

(140) Ci-dessus, p. 131.

(141) Le recours à l'état de nécessité sera l'œuvre de l'exécutif s'il décide seul de prendre les mesures nécessaires, du Parlement s'il délègue inconstitutionnellement à l'exécutif des compétences dont il ne pouvait pas disposer.

(142) Interprété par a contrario, mais à coup sûr.

(143) Régularité dont elles bénéficient très certainement. Cela a été surtout discuté à propos de la loi constitutionnelle de 1940 (cf. Lafferrière : *Manuel de droit constitutionnel*, p. 834 et G. Berlia : *La loi constitutionnelle du 10 juillet 1940* », R.D.P. 1944, p. 50). Sa régularité repose à notre avis sur une modification antérieure implicite de la procédure de révision des lois constitutionnelles de 1875. Quant à la constitutionnalité de la loi du 3 juin 1958, elle ne fait aucun doute ; seuls des mobiles politiques ont pu pousser à la contester.

sûr (144) ; il est de toute façon toujours intéressant pour le juriste de remarquer que seule la possibilité de s'en tenir à la décision d'organes représentatifs a permis d'éviter le recours à l'état de nécessité.

L'existence de procédés de démocratie semi-directe dans le domaine constitutionnel ne rend cependant pas inéluctable le recours à l'état de nécessité lorsque les événements ne présentent qu'un caractère de gravité faible, voire moyenne, pour peu que la constitution soit assez peu détaillée (145) ou permette largement le recours à des techniques de substitution. Des mesures d'ordre législatif suffisantes pourront être adoptées sans trop de difficulté puisqu'elles sont de la compétence exclusive d'un organe représentatif. Il n'en vas plus de même quand la démocratie semi-directe s'étend au domaine législatif.

2. — Le recours à l'état de nécessité atteint alors au maximum son caractère inéluctable puisque nombre de mesures qui sont indispensables au salut de l'Etat ne pourraient être prises régulièrement sans l'intervention du peuple. Plus le domaine législatif des procédés de démocratie semi-directe est étendu, plus on se rapproche de l'idéal démocratique et plus le recours à l'état de nécessité est inéluctable (146). Il faudra recourir à l'état de nécessité à la moindre crise, là où dans un régime représentatif l'application de la procédure législative ordinaire aurait suffi parce qu'elle n'aurait demandé qu'un délai relativement bref.

L'expérience a d'ailleurs confirmé de façon éclatante ce que la simple déduction logique laissait prévoir. Il n'existe que très peu d'Etats à avoir pratiqué la démocratie semi-directe dans le domaine législatif (147) : on ne peut guère citer, à part les quelques tentatives de l'après-guerre 1914-1919 (148) et quelques Etats fédérés améri-

---

(144) Cf. la volonté du Général de Gaulle de n'accéder au pouvoir que par les voies légales...

(145) Ce qui lui donne une grande souplesse, le mot étant pris ici dans un sens tout autre que le sens juridique...

(146) Il peut y avoir une combinaison entre le domaine de la démocratie semi-directe et le choix des procédés retenus qui fausse un peu la situation. Ainsi, une constitution qui appliquerait la démocratie semi-directe à tout le domaine législatif (sauf exception telle la fiscalité) ne peut retenir pratiquement que le veto ou le referendum facultatif, alors qu'une constitution qui la limite à quelques matières importantes peut adopter le referendum obligatoire. Or le dernier procédé plus démocratique favorise davantage le recours à l'état de nécessité, malgré la réduction du domaine où il s'applique. Mais cela n'altère en rien l'idée fondamentale.

(147) Nous laissons de côté les exemples de recours à l'état de nécessité dans les états où la démocratie semi-directe est limitée au domaine constitutionnel. Nous en avons déjà mentionné à propos des constitutions rigides, et ils sont moins intéressants que ceux des Etats qui pratiquent en outre la démocratie semi-directe en matière législative.

(148) G. Burdeau : *Traité...* précité, t. VI, p. 228 et J. Lafferrière : *Manuel...* précité, p. 447. Nous écarterons ces exemples de notre étude car, comme le notent les deux auteurs que nous citons, ils ne constituent pas vraiment des procédés de démocratie semi-directe, mais bien plutôt des procédés d'arbitrage entre les pouvoirs.

cains (149) que la constitution française de 1793 et la constitution suisse. Or ces deux constitutions, qui sont finalement les deux seules illustrations des procédés de démocratie semi-directe véritablement étendus au maximum des possibilités pratiques, ont toutes les deux rendu inéluctable le recours à l'état de nécessité dans les Etats qui les ont adoptées.

§ 2. — *L'état de nécessité et la constitution française de* 1793.

L'étude du recours à l'état de nécessité sous l'empire de la constitution française de 1793 est très intéressante non pas en dépit mais à cause de son ancienneté. Cette constitution est la première à avoir fait une large place aux institutions de démocratie semi-directe dans les domaines constitutionnel et législatif ; et c'est précisément parce que le texte faisait appel à des procédés de démocratie semi-directe que le recours à l'état de nécessité (appelé « Gouvernement Révolutionnaire » par l'histoire) est apparu absolument inéluctable aux hommes politiques qui avaient élaboré la constitution et qui avaient mission de l'appliquer.

A. — *Le texte constitutionnel* (150).

La constitution de 1793 a été élaborée par des hommes pénétrés de la théorie démocratique de Rousseau. Leur souci de fidélité à l'idéal démocratique s'est manifesté dès les premières réunions de la Convention (151). Il transparaissait à travers les dispositions du projet girondin de constitution (152) et a continué de les inspirer lors de la rédaction de la constitution montagnarde (153). Le texte élaboré du 1er au 10 juin, présenté à la Convention par Hérault de Séchelles et

(149) Nous ne les retiendrons pas car leur nature de collectivité membre d'un Etat fédéral, avec les larges amputations de compétences que cela implique, fausse trop la situation pour qu'on puisse en tirer un enseignement très utile.

(150) Cf. A. Decencière-Ferrandière : *La constitution française de* 1793, dans les Mélanges Decencière-Ferrandière, pp. 47 et s.

(151) Le premier acte de la nouvelle assemblée est de proclamer, le 21 septembre 1792, sur la proposition de Danton qu' « il ne peut y avoir de constitution que celle qui est acceptée par le peuple ».

(152) Des démocrates aussi convaincus — à l'époque — que Sieyes, Th. Payne, Brissot, Danton et le rapporteur Condorcet ont participé à sa rédaction. Le projet prévoyait le referendum obligatoire en matière constitutionnelle et la généralisation du référendum facultatif en matière législative.

(153) Le projet girondin, brusquement abandonné en mai 1793 ne le fut pas pour des motifs idéologiques (excepté la question du fédéralisme que les montagnards exploitèrent adroitement en s'appuyant sur Paris) mais pour des causes politiques, voire partisanes. Les Montagnards ne pouvaient, pour des raisons d'amour-propre, paraître continuer l'œuvre de leurs prédécesseurs et adversaires. Mais l'inspiration démocratique du projet girondin ne fut aucunement critiquée.

adopté le 24 juin est très proche du projet girondin sur les points qui paraissaient les plus importants aux conventionnels pour réaliser la démocratie dans les institutions. Le souffle démocratique qui animait la première réunion de la Convention a présidé encore aux discussions et aux votes (154).

« La constitution de 1793 est la plus démocratique de toutes les constitutions françaises » (155). Elle contenait de nombreuses règles d'inspiration démocratique très pure, qui tendaient à rendre inéluctable le recours à l'état de nécessité : brièveté du mandat électoral (156), collégialité de l'exécutif, prépondérance écrasante de l'assemblée sur les autres organes constitutionnels, etc... (157). Mais c'est surtout l'adoption de procédés de démocratie semi-directe en matière constitutionnelle et législative qui a provoqué le recours à l'état de nécessité.

La constitution de 1793, soumise à ratification populaire conformément à un vote de l'assemblée en date du 27 juin 1793, prévoyait une participation très large du peuple aux modifications ultérieures. L'article 115 en réservait l'initiative au corps électoral (158) et l'esprit du texte, sinon la lettre, imposait que le projet soit approuvé directement par les citoyens avant d'acquérir valeur constitutionnelle définitive. La lourdeur de cette procédure de révision, qui faisait intervenir le corps électoral par trois fois, sans compter l'élection de la Convention, allait être une source de recours à l'état de nécessité dès le moment où le salut de l'Etat exigerait la suspension de certaines dispositions constitutionnelles.

La procédure législative ordinaire obéissait précisément à des règles qui devraient être suspendues en cas de crise. La constitution de 1793 se montrait pourtant en retrait dans l'usage de la démocratie semi-directe par rapport au projet girondin qui prévoyait le veto législatif suivi du referendum pour tous les actes de l'assemblée (159

---

(154) Deslandes : *Histoire constitutionnelle*, t. I, p. 283 et s.

(155) Mélanges Decencière-Ferrandière précités, p. 51.

(156) Qui imposait au pays de subir tous les ans les inévitables perturbations d'une campagne électorale et qui privait l'assemblée de toute autorité politique effective la moitié de l'année (l'expérience prouve que les « fins de mandat » commencent très tôt...).

(157) Qui soumettait aux lenteurs d'un débat et aux aléas d'un vote les mesures destinées à assurer l'ordre public et à réprimer les troubles...

(158) Si dans la moitié des départements plus un, un dixième des assemblées primaires (c'est-à-dire du corps électoral) demandait la révision totale ou partielle de la constitution, le Corps Législatif était tenu de convoquer toutes les assemblées primaires de la République pour savoir s'il y avait lieu à une Convention nationale. C'est-à-dire qu'il devait, selon la terminologie moderne, procéder à un referendum sur l'opportunité d'élire une assemblée constituante.

(159) Ce champ d'application extrêmement large a fait qualifier le projet — injustement à notre avis — d'anti-démocratique au fond (Decencière-Ferrandière, article précité, p. 60) et fait soupçonner ses auteurs de vouloir ruiner par l'absurde les institutions de démocratie semi-directe.

et 160). Elle faisait la distinction entre les lois et les décrets du Corps Législatif (art. 53 et 54). Le critère de la distinction était purement matériel : c'est en fonction de leur objet que les Actes du Corps Législatif étaient qualifiés lois ou décrets. Mais les conséquences de la qualification se faisaient sentir sur le plan organique et formel : les décrets avaient valeur juridique définitive du seul fait de leur adoption par le Corps Législatif ; les lois n'étaient que « proposées » par lui, c'est le peuple qui les acceptait par ratification tacite ou expresse (161).

La répartition des matières entre la loi et le décret avait été faite par les auteurs de la constitution principalement en fonction de l'importance qu'ils attachaient à chacune des matières envisagées : les décrets concernaient les questions secondaires, les lois les questions essentielles. Ils avaient cependant tenu compte aussi, semble-t-il, de certains impératifs pratiques en rangeant parmi les décrets des actes d'importance égale à celle des lois, mais qui présentaient un caractère d'urgence trop marqué pour qu'on puisse se permettre d'attendre une éventuelle réclamation populaire (162). Il semble alors que le Corps Législatif aurait pu défendre efficacement le territoire et les institutions contre les dangers extérieurs et intérieurs par des décrets urgents.

Mais la distinction entre compartiments de l'activité législative est très sujette à caution en période de crise. Il importait peu à la sauvegarde de l'Etat que « les honneurs publics dus à la mémoire des grands hommes » puissent faire l'objet d'un référendum ; mais il était fort gênant qu'il en aille de même pour « le titre, le poids, l'empreinte et la dénomination des monnaies » en cas de crise économique, pour la déclaration de guerre dans une conjoncture internationale fortement perturbée, pour « la nature, le montant et la perception des contributions » quand l'Etat a un besoin urgent et prolongé de moyens financiers (163). Il devait inéluctablement arriver que des mesures urgentes dussent modifier directement ou indirectement des textes concernant l'une ou l'autre de ces matières. Le recours à l'état de nécessité allait alors s'imposer.

---

(160) A l'exception de quelques décrets, parmi lesquels il faut noter les mesures de sûreté générale.

(161) Elles pouvaient faire l'objet d'une demande de referendum, dont l'initiative revenait au dixième des assemblées primaires dans le dixième des départements, et la décision à la majorité du corps électoral. C'était bien un referendum facultatif, et non un veto comme l'a écrit Lafferrière (Manuel précité, p. 94).

(162) Ainsi en était-il, par exemple, des mesures de sûreté et de tranquillité générales, de la distribution annuelle et momentanée des secours et travaux publics, des dépenses imprévues et extraordinaires, de la défense du territoire, de l'accusation des prévenus de complot contre la sûreté générale de la République.

(163) Les dépenses imprévues et extraordinaires étaient bien des décrets, mais qui dit « dépense » dit aussi « ressource ». Dans le cas d'une guerre qui dure plusieurs années, par exemple, il vient un moment où on ne peut plus engager de dépenses si l'on n'est pas sûr de pouvoir se procurer les ressources correspondantes à bref délai.

B. — *Le Gouvernement Révolutionnaire* (164).

Le Gouvernement Révolutionnaire constitue un exemple authentique de recours à l'état de nécessité bien que l'expression n'ait jamais été employée par les Conventionnels qui parlaient plutôt de « salut public ». Il est étonnant qu'aucun auteur à notre connaissance n'ait songé à le présenter comme tel.

La France de 1793 devait affronter un péril très grave. La situation s'était redressée, après la chute de la Royauté et le commencement de l'invasion étrangère, avec l'élection de la Convention et la victoire de Valmy. Mais elle s'était dégradée à nouveau à partir de janvier 1793 (165). Le referendum sur la constitution put avoir lieu quand même en juin et juillet, mais avec un certain retard dans plusieurs provinces et une participation très faible au scrutin (166) qui tenait pour partie au désordre intérieur (167). Si le referendum constitutionnel n'avait pu jouer qu'avec de grandes difficultés et un résultat fort peu satisfaisant, qu'en serait-il du referendum législatif ?

> « Le suffrage universel eut exigé pour fonctionner une nation qui ne fût pas déchirée par de violentes dissensions. Il faut une magnifique puissance d'illusion — qui n'a pas fait défaut à plus d'un historien emporté par sa piété envers cette grande époque — pour discerner dans la France d'après le 10 août et mieux encore d'après le 2 juin suivant les conditions de la formation de la volonté générale rigoureusement exigées par Rousseau » (168).

Les Conventionnels les plus réalistes s'en rendirent compte dès la Proclamation solennelle de la Constitution au Champ de Mars le 10 août 1793. La Convention avait adopté un certain mode d'organisation du gouvernement pour remplir les tâches multiples et urgentes qui lui incombaient ; une interruption brutale de ce système aurait causé un trop grand préjudice au pays.

L'état de nécessité fut instauré par un décret du 19 Vendémiaire

---

(164) Cf. G. Lefebvre : *Le Gouvernement Révolutionnaire,* Cours professé à l'Ecole Normale Supérieure de Sèvres en 1946-1947.

P. Mautouchet : *Le Gouvernement Révolutionnaire,* Paris, 1922.

(165) L'exécution du Roi avait provoqué une nouvelle offensive des Alliés et l'intégrité du territoire était à nouveau compromise. Les régions royalistes de l'Ouest et du Midi se soulevaient contre Paris, bientôt rejointes par d'autres provinces après la chute des Girondins. L'ordre était loin de régner à Paris, où animosités personnelles et rivalités de factions se donnaient libre cours.

(166) Il y eut jusqu'à 74 % d'abstentions.

(167) La crainte empêcha certains citoyens d'aller aux urnes ; la campagne en faveur de l'exercice du droit de suffrage fut entravée.

(168) J.-J. Chevallier : *La bataille des idées politiques à partir de* 1789. Cours de doctorat 1960-1961, p. 76.

an II. Il le fut de la manière la plus brutale et la plus catégorique qui soit. On aurait fort bien pu concevoir que la Convention mette en place les nouvelles institutions, au moins qu'elle fasse élire le Corps Législatif (169), quitte à faire ensuite quelques entorses à la procédure législative, notamment en supprimant le referendum. La mesure prise fut beaucoup plus radicale.

Ceux-là même qui avaient célébré en termes dithyrambiques l'œuvre nouvelle (170) furent les premiers à reconnaître qu'elle était inapplicable dans les circonstances présentes. Barrère fit observer dès le 28 août, au nom du Comité de Salut Public, que

> « la simple exécution des lois constitutionnelles faites pour le temps de paix serait impuissante au milieu des conspirations qui nous environnent » (171).

Il proposait un projet de décret ordonnant la suspension de la constitution.

La question fut renvoyée sans guère de discussion au Comité de Salut Public. Elle revint le 10 octobre, accompagnée d'un rapport de Saint-Just qui avait participé activement à l'élaboration du projet de constitution. Ce rapport développe longuement l'idée que la démocratie ne peut se défendre qu'en abandonnant provisoirement les principes sur lesquels elle est fondée :

> « Il est temps d'annoncer une vérité qui désormais ne doit plus sortir de la tête de ceux qui gouverneront : la République ne sera fondée que quand la volonté du souverain comprimera la minorité monarchique et règnera sur elle par droit de conquête...
>
> « ...Si les conjurations n'avaient point troublé cet empire, si la patrie n'avait pas été mille fois victime des lois indulgentes, il serait doux de régir par les maximes de paix et de justice naturelle : ces maximes sont bonnes entre les amis de la liberté ; mais entre le peuple et ses ennemis, il n'y a plus rien de commun que le glaive... »

Viennent ensuite les conclusions applicables à la situation du moment :

> « Dans les circonstances où se trouve la République, la constitution ne peut être établie ; on l'immolerait par elle-même. Elle deviendrait la garantie des attentats contre la liberté, parce qu'elle manquerait de la violence nécessaire pour les réprimer... Il faut que le glaive des lois se promène partout avec rapidité et que votre bras soit partout présent pour arrêter le crime. Vous devez

---

(169) Cela aurait été difficile certes, mais non impossible : un referendum avait bien pu se dérouler un mois avant, et l'élection de la Convention un an auparavant dans une conjoncture à peu près aussi mauvaise.

(170) Deslandes : *Histoire constitutionnelle*, t. I, p. 282.
Decencière-Ferrandière, article précité, p. 49.

(171) Cité par P. Mautouchet, p. 26.

vous garantir de l'indépendance de l'administration, diviser l'autorité (172) l'identifier au mouvement révolutionnaire et à vous et la multiplier...

Il est impossible que les lois révolutionnaires soient exécutées si le gouvernement lui-même n'est constitué révolutionnairement... »

La destinée de la constitution de 1793 et du gouvernement révolutionnaire se trouve inscrite tout entière dans ces quelques phrases. On y voit se profiler les deux étapes du recours à l'état de nécessité, sur le plan de la Convention et sur le plan du gouvernement.

La Convention décida, à la suite du rapport Saint-Just, de suspendre l'application de la Constitution par le décret du 19 Vendémiaire an II (173) : « Article 1er — Le gouvernement provisoire de la France est révolutionnaire jusqu'à la paix. » Elle concentrait donc entre ses mains, sur sa seule décision, le pouvoir de suspension d'un texte qui avait valeur suprême depuis sa ratification et le pouvoir législatif qui appartenait au peuple en vertu de la constitution suspendue. C'était un recours officiel à l'état de nécessité (174).

Mais la Convention n'allait pas s'en tenir là, montrant ainsi qu'en période de crise, la tendance est naturellement à une concentration croissante du pouvoir. Elle organisait par le même décret les rapports entre les organes provisoires qu'elle avait créés après son élection :

« Art. 2 — Le Conseil Exécutif provisoire, les ministres, les généraux, les corps constitués sont placés sous la surveillance du Comité de Salut Public qui en rendra compte tous les huit jours à la Convention.

Art. 3 — Toute mesure de sûreté doit être prise par le Conseil Exécutif provisoire sous l'autorisation du Comité qui rendra compte à la Convention. »

Le Comité de Salut Public bénéficiait donc de pouvoirs très étendus. Il n'eut pas recours lui-même à l'origine à l'état de nécessité puisque la concentration des pouvoirs à son profit était intervenue sur

---

(172) Le contexte fait comprendre que cette division de l'autorité concerne la nécessité de briser les résistances locales et celles des autorités subordonnées, mais ne vise nullement l'échelon central et gouvernemental.

(173) Il ne semble pas que le désir de pérenniser leur mandait ait pesé très lourd dans la décision des Conventionnels : la plupart d'entre eux jouissaient d'une popularité suffisante pour être assurés d'une réélection.

(174) La ratification de la constitution de 1793 présente une importance capitale pour le constitutionnaliste car elle modifie la situation juridique de la Convention, antérieurement assemblée constituante bénéficiant de tous les pouvoirs sur délégation du peuple, postérieurement ne jouissant de ces mêmes pouvoirs que sur sa seule décision. L'optique est toute différente de celle de l'historien pur pour lequel il n'y a pas de solution de continuité entre le gouvernement provisoire de la Convention et le Gouvernement Révolutionnaire, le vote de la constitution de 1793 paraissant un épisode un peu en marge, sans influence sur le déroulement des événements.

délégation de la Convention. Mais il y arriva très vite en ne respectant pas les règles posées par l'assemblée pour l'exercice de ses pouvoirs. Le décret lui-même l'invitait à prendre quelques libertés, puisqu'il ne lui imposait qu'une obligation de rendre compte *a posteriori* de son activité. La Convention avait néanmoins entendu se réserver l'exercice du pouvoir législatif. Or le Comité de Salut Public prit directement certaines mesures législatives ; l'assemblée ne les ratifia qu'après coup.

Couthon répliqua le 14 frimaire à ceux qui voulurent y faire quelque objection par un exposé complet des exigences de l'efficacité face aux exigences de la démocratie :

> « Le droit d'élection appartient essentiellement au peuple souverain ; on ne peut y porter atteinte sans crime, à moins que des circonstances extraordinaires ne le demandent pour le bonheur du peuple ; or nous nous trouvons dans des circonstances extraordinaires... Dans le gouvernement extraordinaire, c'est de la centralité que doivent partir toutes les impulsions... Ceux qui invoquent le droit du peuple veulent rendre un hommage faux à sa souveraineté. »

Méaulle s'exprima avec non moins de netteté :

> « La Convention ne doit pas oublier que la France est en Révolution, c'est-à-dire dans des circonstances où elle doit agir avec vigueur : trop de force ne peut nous nuire » (175).

La concentration du pouvoir atteignit finalement son maximum avec la dictature de Robespierre (176). Les dangers extérieurs et intérieurs s'étaient atténués à ce moment, de sorte que cette dictature n'apparaissait plus indispensable à la sauvegarde de l'Etat démocratique ; elle lui nuisait même gravement. Mais elle a été rendue possible par la succession de mesures concentrant davantage le pouvoir depuis l'abandon d'une constitution dont le seul inconvénient était son caractère trop démocratique.

Les conclusions que nous prétendons tirer de l'exemple français de 1793 pourraient cependant appeler une objection : la France de cette époque n'en était après tout qu'aux premiers balbutiements de l'application de l'idée démocratique. L'histoire se serait-elle déroulée de la même façon si la France avait depuis longtemps pratiqué ce régime ? L'exemple d'un Etat qui connaît une longue expérience de démocratie semi-directe et qui n'a pourtant pas pu échapper au recours à l'état de nécessité permet de répondre affirmativement.

---

(175) Cité par P. Mautouchet, *op. cit.*, p. 32.

(176) Après toute une série de mesures attentatoires aux libertés et la disparition en fait est en droit des organes susceptibles de gêner le Comité de Salut Public. Cf. Lafferrière : *Manuel...* précité, p. 102.

§ 3. — *L'état de nécessité et la constitution suisse.*

Celui qui entreprend des recherches sur l'état de nécessité est très vite frappé par la place qu'occupe la Suisse dans les études consacrées à la question (177). Aucun Etat n'a, d'autre part, été aussi loin dans la reconnaissance d'un droit de participation active à l'exercice du pouvoir au profit du peuple. Le Professeur Burdeau a eté amené à se demander, au vu de cette double constatation, si « la démocratie ne serait pas incapable de faire face à une crise, situation exceptionnelle qui tend à devenir habituelle » (178). Il entrevoyait la vérité : la Suisse a dû recourir à l'état de nécessité à deux reprises au moins parce que sa constitution consacre la démocratie semi-directe.

A. — *Le recours à l'état de nécessité pendant la première guerre mondiale.*

La place très large accordée par la constitution suisse (179) aux procédés de démocratie semi-directe a obligé les organes constitutionnels à recourir à l'état de nécessité à partir de 1914. Cette situation a suscité des réactions assez vives qui ont finalement abouti, en 1939, à une réforme destinée à éviter son renouvellement, dans l'esprit de ses promoteurs du moins.

1. — Le Chapitre III de la constitution suisse fait le maximum de place à la démocratie semi-directe dans le domaine constitutionnel (180). Le peuple prend une part très active à toute révision de

---

(177) Plusieurs auteurs français consacrent à la Suisse la majeure partie de leurs développements concernant l'état de nécessité (Carré de Malberg : *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, t. I, pp. 610 et s. en note — Jèze : *L'exécutif en temps de guerre, Les pleins pouvoirs du Conseil Fédéral suisse*, R.D.P. 1917, p. 224 et p. 404. — Burdeau : *Traité de Science Politique*, t. VII, n° 167).

Les auteurs suisses ont produit une littérature très abondante sur le sujet (R. Hoerni : *L'état de nécessité en droit public fédéral suisse*, Th. Genève, 1917 — J. Favre : *Le droit de nécessité de l'Etat*, Th. Lausanne, 1937 — Munci Kapani : *Les pouvoirs extraordinaires de l'exécutif en temps de guerre et de crise nationale*, Th. Genève, 1949 — M. Batteli : *Les pleins pouvoirs en Suisse*, RDP 1950, p. 124).

(178) *Op. cit.*, n° 167 in fine.

(179) Nous nous en tiendrons au seul texte constitutionnel fédéral à l'exclusion des constitutions de cantons pour les même raisons qui nous ont fait écarter l'étude des Etats-membres des Etats-Unis. La constitution fédérale est au surplus suffisamment intéressante à elle seule.

Notons cependant que certains cantons qui pratiquent la démocratie semi-directe ont éprouvé le besoin de prévoir le recours à l'état de nécessité dans les textes constitutionnels (Constitutions du canton de Berne, art. 92-2° et du canton de Thurgovie, art. 39-9°).

(180) Ce qui est d'autant plus remarquable qu'on est présence d'un Etat Fédéral.

la constitution, même partielle (181). L'initiative est largement ouverte (50.000 citoyens) et minutieusement réglementée de façon à assurer au projet définitif le maximum de conformité avec la volonté des citoyens qui ont demandé l'adoption d'un nouvel article ou la modification d'un article en vigueur (182). Le referendum est obligatoire dans tous les cas, et le projet doit réunir la majorité des citoyens et des cantons. Toutes ces précautions démocratiques ont naturellement pour effet d'alourdir considérablement la procédure.

L'initiative populaire disparaît en matière législative mais l'article 89, al. 2 prévoyait, dans sa rédaction en vigueur en 1914, le referendum facultatif sur demande de 30.000 électeurs ou de huit cantons, pour les lois fédérales d'une part et pour les arrêtés fédéraux qui avaient une portée générale et qui ne présentaient pas un caractère d'urgence d'autre part. Quelle était exactement, d'après le texte, le domaine d'application du referendum en matière législative ? Deux points doivent être précisés.

En premier lieu, il n'était possible de soustraire au referendum que des arrêtés fédéraux, jamais des lois fédérales. Mais la constitution ne donnait ni énumération des matières réservées à la loi ou à l'arrêté (183), ni critère permettant de les distinguer. La pratique, assez incertaine, a cependant tendu à qualifier de loi les textes politiquement les plus importants (184), conformément à la volonté présumée des constituants. Mais la qualification demeurait l'œuvre de l'Assemblée Fédérale, dont le pouvoir ne rencontrait pas de limite bien précise (185).

En second lieu, seuls ceux des arrêtés fédéraux qui n'avaient pas de portée générale ou qui présentaient un caractère d'urgence pouvaient être soustraits au referendum ; une fraction du peuple pouvait exiger que n'importe quel autre arrêté fédéral soit soumis à

---

(181) Il existe une procédure encore plus compliquée pour la révision totale : il y a une initiative populaire, suivie d'un double referendum, le premier sur le principe même de la révision totale, le second sur la nouvelle constitution. Entre les deux, il y a lieu à renouvellement des deux Conseils « pour travailler à la révision ».

(182) Les plus grandes précautions sont prises à propos de l'initiative informulée, précisément parce qu'on pourrait craindre avec cette forme d'initiative qu'une certaine mauvaise volonté des deux Conseils ne conduise à étouffer la volonté populaire.

(183) Contrairement à la constitution française de 1793 pour les lois et les décrets.

(184) Soit par leur objet, soit en raison de l'intérêt que l'opinion y portait, soit par l'ampleur des réformes qu'ils réalisaient. (Cf. Munci Kapani, *op. cit.*, p. 63).

(185) Dans une message daté du 24 mai 1874, le Conseil Fédéral proposait de confier à l'Assemblée fédérale « le soin de décider elle-même dans chaque cas précis si un décret législatif est une loi ou un arrêté selon la nature des dispositions qui y sont contenues ». (Cité par M. Battelli, article précité, R.D.P. 1950, p. 126).

l'approbation populaire. Mais là encore la qualification était l'œuvre de l'Assemblée fédérale, discrétionnairement (186).

L'Assemblée fédérale allait devoir utiliser au maximum — au-delà peut-être du maximum — les possibilités de l'article 89 lors de la première guerre mondiale.

2. — La Suisse n'était pas belligérante en 1914 ; mais les répercussions du conflit ne pouvaient manquer de s'y faire sentir : il fallait parer à l'éventualité d'une invasion du territoire en violation du statut de neutralité (187), surveiller très étroitement les rapports des nationaux et des étrangers avec les ressortissants des Etats belligérants, maintenir l'équilibre économique menacé par les perturbations des pays voisins etc...

Le Conseil Fédéral demanda donc le 2 août 1914 à l'Assemblée Fédérale de l'investir des pleins pouvoirs ; un bref message accompagnait cette demande et la justifiait. L'Assemblée Fédérale vota le lendemain un texte qualifié d'arrêté. L'article 3 était ainsi rédigé :

> « L'Assemblée Fédérale donne pouvoir illimité au Conseil Fédéral de prendre toutes les mesures nécessaires à la sécurité, à l'intégrité, et à la neutralité de la Suisse, à sauvegarder le crédit et les intérêts économiques du pays et en particulier à assurer l'alimentation publique » (188).

Ce texte voté sans discussion et à l'unanimité des deux Conseils (189) ne fut pas soumis à l'approbation populaire ; l'article 6 prescrivait en effet : « Le présent arrêté, lequel est déclaré urgent, entre immédiatement en vigueur. »

La validité de cet arrêté allait être à l'origine de controverses doctrinales très vives, qui ont posé le problème du recours à l'état de nécessité en Suisse à partir de l'article 89 de la constitution. Deux interprétations sont à notre avis possibles, qui conduisent toutes deux à voir dans l'arrêté du 3 août un recours à l'état de nécessité, de façon un peu différente certes, mais pour une raison identique : l'existence d'un referendum en matière législative. La première interprétation voit dans la qualification d'arrêté donnée par l'Assemblée au texte voté

---

(186) Il a été admis par l'article 2 de la loi du 17 juin 1914 que « la décision constatant qu'un arrêté fédéral n'a pas de portée générale ou revêt un caractère d'urgence est du ressort de l'Assemblée Fédérale ». Cf. Battelli, précité, p. 126.

(187) L'exemple belge pouvait faire craindre le pire à cet égard, d'où la nécessité de la mobilisation générale.

(188) Et comme il ne suffisait pas au Conseil Fédéral d'avoir des moyens juridiques, l'article 4 lui donnait des moyens financiers : « A cet effet, il est ouvert au Conseil Fédéral un crédit illimité. Autorisation lui est, en particulier, donnée de contracter les emprunts nécessaires. »

(189) Il faut d'ailleurs signaler tout de suite que l'opportunité *politique* des pleins pouvoirs ne fut jamais contestée, ni par les assemblées, ni par l'opinion publique. (Cf. Carré de Malberg : *Contribution...* précité, p. 645 en note.)

par elle le 3 août une violation de l'esprit de la constitution ; ce texte serait en réalité une loi fédérale, étant donnée son importance politique. Il ne pouvait pas être soustrait au referendum (190). L'Assemblée s'est approprié sur sa seule décision la totalité d'un pouvoir législatif (191) dont elle ne détenait qu'une partie (192), et un pouvoir de suspension constitutionnelle.

La deuxième interprétation admet que l'Assemblée dispose d'un pouvoir discrétionnaire pour qualifier les actes qu'elle édicte ; l'arrêté du 3 août est conforme à l'article 89. Mais cet article n'est pas alors autre chose qu'une constitutionnalisation de l'état de nécessité (193) : la reconnaissance de la régularité de l'arrêté du 3 août suppose que la clause d'urgence a une portée très large ; elle ôte toute valeur pratique à la distinction entre loi et arrêté et permet ainsi à l'Assemblée de s'emparer sur sa seule décision de la totalité du pouvoir législatif en cas d'urgence (194).

3. — L'utilisation — régulière ou irrégulière — de l'article 89 en 1914, et dans une moindre mesure au moment de la crise économique de 1930-33, provoqua une initiative populaire qui aboutit à la modification du 22 janvier 1939. Son but n'était pas de simplifier la procédure d'urgence, mais bien plutôt de la règlementer pour la démocratiser.

Elle ajoutait un troisième alinéa à l'article 89 (195), qui instituait une triple limitation dans le domaine de l'urgence (196). La première résultait de l'exigence de la majorité absolue des membres *composant* les Conseils pour voter l'urgence ; la seconde portait sur le délai d'application ; la troisième provenait d'une définition plus stricte de l'urgence (197).

---

(190) C'est l'opinion de Carré de Malberg, *op. cit.*, t. I, p. 610 et s. en note).

(191) Pour le déléguer aussitôt d'ailleurs...

(192) Hoerni a construit sa théorie du droit de nécessité à partir de cette idée.

(193) Contra Carré de Malberg, dans sa note précitée. Il se fonde sur le fait que l'article 89 est ouvert en toutes circonstances et non en période de nécessité seulement. Cet argument nous semble assez faible.

(194) Et de l'accorder ensuite au Conseil Fédéral. Celui-ci prit en vertu de cette délégation un grand nombre de mesures modifiant des lois et des arrêtés, et suspendant même certaines dispositions constitutionnelles. Cf. les exemples cités par Jèze à la R.D.P. 1917, p. 227.

(195) « Les arrêtés fédéraux de portée générale dont l'entrée en vigueur ne souffre aucun délai peuvent être déclarés urgents par une décision prise à la majorité de tous les membres de chacun des deux Conseils. Dans ce cas, la votation populaire ne peut pas être demandée. La durée d'application des arrêtés fédéraux urgents doit être limitée. »

(196) Burdeau *Traité...* précité, n° 167.
Munci Kapani Thèse précitée, p. 61.
M. Battelli article précité, p. 133.

(197) Elle se référait exclusivement à la notion d'urgence formelle (question de temps) et rejetait toute idée d'urgence matérielle (tenant à la nature des mesures).

L'intérêt de cette réforme apparaît bien mince, eu égard surtout à la solennité de la procédure engagée pour la réaliser. Les deux dernières limitations n'ont pas de portée pratique réelle (198), et la première n'apporte qu'un changement bien faible par rapport à la situation antérieure.

La révision constitutionnelle de 1939 ne s'était pas attaqué à la cause profonde du recours à l'état de nécessité. En maintenant le referendum législatif, elle ne pouvait s'opposer efficacement à un nouvel usage de l'article 89 en ce sens si une crise grave survenait. L'épreuve des faits à laquelle elle fut soumise sept mois plus tard allait le montrer.

B. — *Le recours à l'état de nécessité pendant la seconde guerre mondiale.*

La Suisse a connu pendant et après la seconde guerre mondiale un processus très voisin de celui qu'elle avait connu précédemment : les textes constitutionnels ont conduit à recourir à l'état de nécessité parce qu'ils consacraient toujours la démocratie semi-directe, et ce recours a provoqué une nouvelle réforme de l'urgence qui s'avèrera sans doute tout aussi peu apte à éviter le recours à l'état de nécessité que la révision de 1939.

1. — Le Conseil Fédéral, devant l'imminence des hostilités en Europe, adressa le 29 août 1939 un message à l'Assemblée Fédérale pour lui demander les pleins pouvoirs. L'Assemblée Fédérale les accorda le lendemain par arrêté voté à l'unanimité des deux Conseils. Cet arrêté, qui octroyait au Conseil Fédéral des pouvoirs pratiquement aussi étendus qu'en 1914 (199), fut soustrait au referendum par décision de l'Assemblée.

Mais cette soustraction ne fut pas accompagnée d'une déclaration d'urgence. Elle fut fondée non plus sur l'article 89 mais directement sur l'état de nécessité.

---

(198) A quoi bon parler d'une durée d'application limitée si on ne précise pas à combien de temps ? Est-il possible de dissocier l'urgence matérielle de l'urgence formelle ?

(199) Les termes de l'arrêté de 1939 sont moins absolus qu'en 1914. Il n'est plus question de pouvoir illimité mais de « pouvoir et mandat de prendre les mesures nécessaires pour maintenir la sécurité, l'intégrité, l'indépendance et la neutralité de la Suisse, pour sauvegarder les intérêts économiques et du pays et pour assurer l'alimentation publique ». Il n'est pas non plus parlé de « crédit illimité » mais de « crédit nécessaire ». Cette différence de rédaction ne procédait pas d'une volonté quelconque de restreindre les pouvoirs du Conseil Fédéral par rapport à 1914 (cf. Munci Kapani et M. Battelli précités). Munci Kapani cite notamment, p. 45, un message du Conseil Fédéral à l'Assemblée Fédérale, dans lequel il est déclaré que « si les termes de l'arrêté actuel sont quelque peu moins larges, cela ne veut pas dire qu'on ait voulu restreindre pratiquement les pouvoirs extraordinaires du Conseil Fédéral ».

L'extension de compétence résultant de l'état de nécessité avait été défendue quelques mois auparavant par le Conseil Fédéral dans un rapport du 3 avril 1939 :

> « Le droit de nécessité est le produit d'une activité législative extraordinaire déployée alors que l'Etat se trouve dans un cas de nécessité. Il a pour fin de parer à un danger qui menace l'existence même de l'Etat... (200). Lorsqu'un danger grave menace l'existence même de l'Etat, on doit pouvoir sortir du cadre constitutionnel dans la mesure où la nécessité l'exige... » (201).

Le Conseil Fédéral avait néanmoins proposé le 29 août de déclarer l'urgence ; mais les Chambres Fédérales, sensibles à la fragilité de l'argumentation retenue en 1914, préférèrent opérer de façon plus franche, en se fondant purement et simplement sur le recours à l'état de nécessité. L'un des membres du Conseil National déclara que la délégation de pouvoirs...

> « ...se fondait sur la lex non scripta, sur la loi de nécessité qui est aussi ancienne que la doctrine du droit public elle-même, et à laquelle aucun Etat ne peut renoncer, sans se perdre en des temps de danger interne ou externe. Ce n'est pas le droit fondé sur l'urgence de l'article 89 de la constitution fédérale qui sert de fondement à la proposition en discussion mais bien le droit non-écrit de nécessité » (202).

L'Assemblée Fédérale délégua ainsi le pouvoir législatif et même le pouvoir de suspendre certaines dispositions constitutionnelles après se les être appropriés sur sa seule décision. Le Conseil Fédéral édicta un nombre de mesures encore plus élevé que pendant la première guerre mondiale. Leur contrôle par l'Assemblée Fédérale, mieux réglementé par l'arrêté du 30 août 1939 que par celui du 3 août 1914, laissa cependant à désirer.

2. — Les critiques adressées à l'encontre de cette insuffisance entraînèrent (203) une nouvelle initiative populaire tentant à « rétablir la démocratie semi-directe » (204). Elle aboutit le 11 septembre 1949 au remplacement de l'alinéa 3 de l'article 89 par un article 89 bis très détaillé (205), qui reprend dans son alinéa 1 les disposi-

---

(200) Cité par Munci Kapani, *op. cit.*, p. 65.

(201) Cité par Battelli, *op. cit.*, p. 138.

(202) Opinion exprimée par le rapporteur du projet en langue allemande, M. Nietlispach, cité par M. Battelli, p. 137.

(203) Outre la réduction progressive des pleins pouvoirs amorcée dès 1945.

(204) Les conditions dans lesquelles cette nouvelle réforme a été demandée sont rapportées dans l'ouvrage de Munci Kapani précité, p. 62 en note. Cf. également l'article de Battelli précité.

(205) Article 89 *bis* : « Les arrêtés fédéraux de portée générale dont l'entrée en vigueur ne souffre aucun retard peuvent être mis en vigueur immédiatement par une décision prise à la majorité de tous les membres de chacun des deux Conseils : leur durée d'application doit être limitée.

tions de la réforme de 1939 mais qui apporte des innovations considérables dans ses alinéas 2 et 3.

L'alinéa 2 introduit la possibilité d'une votation populaire contre l'arrêté fédéral mis en vigueur d'urgence, avec pour sanction la perte de validité dans un délai d'un an. Le referendum facultatif est donc remplacé en cas d'urgence par un autre procédé de démocratie semi-directe : le veto législatif. L'alinéa 3 prévoit le referendum obligatoire dans un délai d'un an pour les arrêtés fédéraux urgents qui suspendraient une disposition constitutionnelle. Toutes les délégations de pouvoirs au Conseil Fédéral risquent de tomber sous le coup de cette disposition — dans la mesure où l'Assemblée Fédérale les qualifie d'arrêté malgré leur importance. Or le délai d'un an peut être trop court. Il est à prévoir que la Suisse n'échappera pas davantage, dans l'avenir, au recours à l'état de nécessité.

Il semble d'ailleurs que la réforme de 1949 marque une orientation un peu différente de celle de 1939 : les promoteurs de l'article 89 bis se soucient bien moins d'éviter le recours à l'état de nécessité que de le réglementer. On peut considérer cet article comme l'amorce d'une consécration constitutionnelle de l'état de nécessité en Suisse. L'expérience a porté ses fruits. La doctrine, la jurisprudence, les hommes politiques, ont reconnu que le recours à l'état de nécessité était inéluctable dès lors qu'on était en démocratie, parce qu'on était en démocratie. Et ils ont commencé à en tirer les conséquences.

Lorsque la votation populaire est demandée par 30.000 citoyens actifs ou par 8 cantons, les arrêtés fédéraux mis en vigueur d'urgence perdent leur validité un an après leur adoption par l'Assemblée fédérale s'ils ne sont pas approuvés par le peuple dans ce délai ; ils ne peuvent alors être renouvelés.

Les arrêtés fédéraux mis en vigueur d'urgence qui dérogent à la constitution doivent être ratifiés par le peuple et par les cantons dans l'année qui suit leur adoption par l'Assemblée Fédérale ; à ce défaut, ils perdent leur validité à l'expiration de ce délai et ne peuvent être renouvelés. »

Chapitre II

LES CONSEQUENCES DU CARACTERE INELUCTABLE DE L'ETAT DE NECESSITE EN DEMOCRATIE

Le droit ne saurait être — dans la conception spiritualiste de nos sociétés occidentales — la transposition pure et simple de l'être sur le plan du devoir-être ; un empirisme systématique aboutirait très vite à entériner juridiquement les résultats de la force brutale. Mais il ne faut pas pour autant négliger le fait quand on édicte la norme ; la réalité risquerait sans cela de se déployer au mépris des valeurs qu'un idéalisme excessif s'était donné pour mission de défendre. Il est nécessaire de garder un juste équilibre, en corrigeant peu à peu la théorie en fonction des leçons de l'expérience. Mais cette tâche est presque impossible lorsque l'expérience révèle des défauts inhérents au principe le plus fondamental de la théorie. Quelle attitude faut-il alors adopter ? Faut-il se résigner à faire plier la doctrine devant les faits quand les faits ne peuvent pas plier devant la doctrine ?

L'état de nécessité pose à la théorie démocratique exactement cette sorte de problème. La démocratie ne peut éviter de recourir à l'état de nécessité, et ce recours inéluctable est en liaison étroite et constante avec le caractère démocratique de l'Etat. Ne faut-il pas, dès lors, reconnaître cette fatalité qui les enchaîne l'un à l'autre et « recevoir » l'état de nécessité dans l'Etat démocratique ?

L'hostilité de la tradition démocratique à toute réception de l'état de nécessité s'oppose à un renversement aussi brutal. La réception de l'état de nécessité en démocratie — conséquence de son caractère inéluctable — ne peut se faire que par étapes. Le mouvement est commencé, il est encore loin de son achèvement.

Les plus avancés dans cette voie sont les hommes chargés d'exprimer les exigences de la théorie démocratique ; ils sont de plus en plus nombreux à être convaincus que l'Etat démocratique doit recevoir l'état de nécessité. Leur influence se fait peu à peu sentir sur le droit positif, où le problème de la consécration constitutionnelle de l'état de nécessité se trouve aujourd'hui sinon résolu, du moins sérieusement posé.

Section I

LA RECEPTION DE L'ETAT DE NECESSITE PAR LA THEORIE DEMOCRATIQUE

La constatation du caractère inéluctable du recours à l'état de nécessité semble à première vue ne pas devoir mettre fin à l'intransigeance de la théorie en ce domaine : le propre d'une théorie n'est-il pas de demeurer logique avec elle-même avant toute chose ? Cette conception rigoriste n'a pas prévalu, à juste titre : la théorie doit tenter d'intégrer les situations inéluctables, quitte à inclure le paradoxe et même la contradiction, afin de conserver le minimum d'harmonie entre les idées et les faits.

C'est pourquoi certains représentants de la théorie démocratique ont exprimé, dès l'origine, une opinion favorable à la réception de l'état de nécessité. Ce courant doctrinal et jurisprudentiel était relativement faible au départ (1), mais il s'est progressivement renforcé, jusqu'à atteindre aujourd'hui une ampleur voisine de celle du courant traditionnel.

§ 1. — *La réception de l'état de nécessité par la doctrine.*

La doctrine favorable à la réception de l'état de nécessité s'oppose à la tradition d'hostilité non sur le plan du fait (2) mais sur celui du droit. L'état de nécessité rentre dans le domaine d'investigation du juriste, car les événements qui rendent indispensable la concentration spontanée des pouvoirs pour sauvegarder l'Etat démocratique produisent des effets de droit. Les auteurs qui ont reçu l'état de nécessité se divisent d'ailleurs en deux groupes, selon le caractère qu'ils donnent à ces effets de droit. Les uns sont allés très loin — trop loin à notre avis — en faisant de l'état de nécessité une source inconditionnelle de droit. Les autres se sont contentés, à juste titre, d'y voir une source conditionnelle.

---

(1) C'est pourquoi nous avons pu affirmer que la tradition démocratique était hostile à toute réception de l'état de nécessité.

(2) Nous avons vu que la doctrine traditionnelle admettait sans peine l'opportunité politique du recours à l'état de nécessité (ci-dessus, p. 50).

A. — *L'état de nécessité source inconditionnelle de droit.*

La doctrine traditionnelle fait généralement allusion à cette théorie de l'état de nécessité source inconditionnelle de droit sous le nom de « droit de nécessité » ou, plus souvent, sous celui de son équivalent allemand, le « notrech » (3). Les auteurs allemands ne sont pourtant ni les premiers, ni les plus nombreux, à l'avoir soutenue.

La théorie du « notrech » se rattache directement à une conception non positiviste du droit. Elle part de l'idée que le droit est fait pour l'individu et pour la société (4) et que, par conséquent, il est impensable de considérer comme hors du droit ce qui est indispensable à la survie de l'un et à la sauvegarde de l'autre. La conformité d'une mesure prise sous l'empire des impératifs circonstanciels avec ce qu'exige le salut de l'Etat (5) suffit à lui conférer une légitimité en droit. Il existe au-dessus du droit écrit un droit non écrit de nécessité qui assure la validité des mesures de salut public, indépendamment de l'autorité qui les a édictées et des formes dans lesquelles elles ont été émises. L'état de nécessité crée un ordre juridique entièrement nouveau ; les éléments qui subsistent de l'ordre juridique antérieur (6) subsistent en réalité à un autre titre, parce qu'ils sont conformes à cet ordre nouveau qui en fonde la force obligatoire (7).

Le caractère démocratique de l'Etat ne change rien à cette réalité fondamentale, au contraire : la volonté majoritaire est — bien évidemment — que le salut public soit assuré avant toute chose, elle est

(3) L'emploi de ce terme et les références constantes à la doctrine allemande expliquent d'ailleurs en partie l'hostilité de la tradition démocratique envers l'état de nécessité. Le droit de nécessité était tout d'abord défendu par les commentateurs de la constitution de l'Empire allemand de 1871, fort peu démocratique. Il avait ensuite été utilisé par l'Allemagne en politique étrangère de façon abusive et le discrédit qui en résultait pour cette notion avait rejailli en droit constitutionnel. Enfin, il régnait en France jusqu'en 1919 (au moins) un nationalisme anti-allemand exacerbé jusqu'à l'absurde (et d'ailleurs réciproque, cf. les efforts systématiques de Jellinek pour démontrer que la Déclaration des Droits de 1789 n'avait aucune originalité...).

(4) L'opposition simpliste entre droit pour l'individu et droit pour la société ne saurait être en effet retenue. Tout au plus peut-on parler de droit fait pour les individus vivant en société, ce qui met l'accent sur l'aspect individualiste de la finalité du droit, ou de droit fait pour une société composée d'individus, ce qui met l'accent sur son aspect collectif.

(5) Avec le bien commun disent les auteurs qui se rattachent au droit naturel, avec la solidarité sociale disent les auteurs objectivistes.

(6) Et quantitativement, ce seront toujours les plus importants.

(7) J. Raiciu a exprimé cette idée dans une opposition entre la légalité formelle que l'état de nécessité a pour effet d'abroger et la légalité matérielle qui est fonction du contenu et du but des mesures prises et que l'état de nécessité fait surgir aux lieu et place de la légalité formelle (*Légalité et nécessité*, thèse Paris, 1933).

en faveur du recours à l'état de nécessité ; or, c'est elle qui est la source ultime de tout droit dans l'Etat démocratique. Il ne faut donc pas s'étonner de rencontrer la théorie de l'état de nécessité source inconditionnelle de droit sous la plume d'auteurs qu'on ne peut soupçonner à aucun degré de tendances anti-démocratiques.

Rousseau lui-même, malgré son esprit d'une cohérence admirable et son raisonnement d'une logique sans faille, écrit dans un chapitre du Contrat Social intitulé « De la dictature » :

> « L'inflexibilité des lois, qui les empêche de se plier aux événements peut, en certains cas, les rendre pernicieuses et causer par elles la perte de l'Etat dans sa crise. L'ordre et la lenteur des formes demandent un espace de temps que les circonstances refusent quelquefois. Il peut se présenter mille cas auxquels le législateur n'a point pourvu et c'est une prévoyance très nécessaire de sentir qu'on ne peut tout prévoir.
>
> Il ne faut donc pas vouloir affermir les institutions politiques jusqu'à ôter le pouvoir d'en suspendre l'effet. Sparte elle-même a laissé dormir ses lois.
>
> Mais il n'y a que les plus grands dangers qui puissent balancer celui d'altérer l'ordre public, et l'on ne doit jamais arrêter le pouvoir sacré des lois que quand il s'agit du salut de la patrie... En pareil cas, la volonté générale n'est pas douteuse, et il est évident que la première intention du peuple est que l'Etat ne périsse pas... » (8).

On voit aisément transparaître à travers ces lignes le cheminement de la pensée de l'auteur : il constate que le recours à l'état de nécessité est inéluctable en démocratie et le légitime ensuite tout en indiquant les limites et les précautions qui s'imposent (9).

---

(8) Livre IV, chapitre VI.

(9) L'analyse que nous faisons de ce passage de Rousseau suscitera sans doute certaines objections. La pensée de Rousseau n'est pas toujours limpide et plusieurs interprétations en sont parfois possibles. Il nous semble néanmoins ne pas l'avoir déformée ici.

Rousseau illustre ces considérations théoriques par l'exemple de la dictature romaine, c'est-à-dire par un exemple qui ne correspond pas à l'état de nécessité tel que nous l'avons défini. Mais on peut sans le trahir appliquer son raisonnement à une concentration spontanée des pouvoirs : la démocratie n'était pas entrée dans les mœurs et Rousseau devait bien prendre ses exemples là où il pouvait les trouver c'est-à-dire dans la République romaine ; il en choisirait sans doute d'autres de nos jours. Et le seul fait qu'il admette le caractère inévitable d'une simple délégation de pouvoirs au profit d'un homme équivaut chez lui, étant donnée la condamnation absolue qu'il porte contre la délégation de l'exercice de la souveraineté, à ce qu'est pour d'autres la réception de l'état de nécessité.

Il n'est pas expressément fait mention dans ce passage du caractère juridiquement légitime de la dictature. On ne saurait pourtant la mettre en doute. Rousseau se place, de la première à la dernière ligne du Contrat Social, sur le terrain de la légitimité et du droit. Une institution qu'il accepte dans la société démocratique bénéficie certainement de la régularité juridique.

La très grande majorité de la doctrine suisse (10) a reconnu dans l'état de nécessité une source inconditionnelle de droit, probablement parce que le caractère inéluctable de l'état de nécessité s'est manifesté en Suisse avec une particulière évidence.

R. Hoerni retient l'existence d'un droit naturel de nécessité comme idée directrice de sa thèse écrite à la fin de la première guerre mondiale (11) :

> « Le droit de nécessité est à notre avis un droit inhérent à l'existence de l'Etat. Tous les Etats sans exception peuvent en faire usage... Le droit de nécessité est un droit naturel de l'Etat... » (12).
>
> ... L'exercice d'un droit de nécessité n'a pas besoin d'être mentionné à l'avance par la constitution pour être possible et légitime. Il est justifié par les circonstances elle-mêmes, qui donnent naissance à un droit nouveau dont la rigueur prime celle du droit existant... (13).
>
> ... L'absence de toute texte précis prévoyant dans la constitution l'éventualité de l'état de nécessité n'offre pas d'inconvénients juridiques. Il n'y a pas de lacunes dans la constitution en ce sens qu'une telle disposition ne ferait que confirmer un droit que l'Etat possède déjà par le simple fait qu'il existe... » (14).

Les auteurs qui ont repris la question après la seconde guerre mondiale se sont dans l'ensemble ralliés à une opinion analogue. Les arguments sur lesquels est fondée la régularité de la concentration spontanée des pouvoirs diffèrent d'un auteur à l'autre (15), mais le résultat est finalement le même chez tous. Tous ces auteurs sont des démocrates convaincus : c'est la preuve qu'une partie non négligeable de la doctrine démocratique accepte de recevoir l'état de nécessité.

L'un des plus grands noms du droit public français, Duguit, dont on connaît la sincérité des convictions démocratiques, a admis sans hésitation que l'état de nécessité était directement une source de droit. Il a adopté tout naturellement cette solution à partir de sa conception objectiviste du droit : la concentration spontanée des pouvoirs indispensable à la sauvegarde de l'Etat est juridiquement régulière puisqu'elle est conforme à la solidarité sociale.

---

(10) M. Batelli (*Les pleins pouvoirs en Suisse*) ne peut citer comme exception notable que le juriste Giacommetti. (R.D.P. 1950, p. 143). On peut également relever qu'une thèse de J. Favre *Le droit de nécessité de l'Etat* (Lausanne, 1937), refuse le droit de nécessité naturel (cf. le Chapitre III *de l'inexistence d'un droit naturel de nécessité*).

(11) *L'état de nécessité en droit public fédéral suisse*, Genève, 1917.

(12) *Op. cit.*, p. 18.

(13) *Op. cit.*, p. 185.

(14) *Op. cit.*, p. 202.

(15) Cf. l'énumération donnée par M. Battelli (article précité p. 142-143 et les notes correspondantes). L'auteur mentionne le droit naturel (Oswald, la théorie des fonctions de l'Etat (J. Piller), la présomption de la volonté du peuple (P. Lachenal), sa confiance (H. Huber), son acceptation tacite (H. Marti), l'esprit de la constitution (M. Schindler), etc...

Cette opinion transparaît très nettement dans ces quelques lignes du *Traité de droit constitutionnel* consacrées à l'édiction de mesures législatives par le Gouvernement agissant sans habilitation préalable (16) :

> « Cependant, même dans l'état actuel de notre droit positif, il est bien difficile de dire que jamais, quelles que soient les circonstances, le Gouvernement ne pourra porter des décrets réglementaires sur des matières législatives. Il faut incontestablement lui reconnaître ce pouvoir dans certaines circonstances, et sous des conditions et des réserves étroitement déterminées... (17).
>
> Je suis disposé à penser que dans certaines circonstances exceptionnelles le Gouvernement peut, sous la pression de la nécessité, édicter régulièrement des règlements d'ordre législatif, des règlements même suspendant, modifiant ou abrogeant une loi formelle existante... » (18).

Duguit prend certes le plus grand soin pour éviter les abus (19). L'état de nécessité n'est pour lui source inconditionnelle de droit qu'à certaines conditions bien précisées (20). Mais ce ne sont que des précautions de forme qui n'affectent pas le fond :

> « Tant que le Parlement ne peut pas se réunir, le règlement législatif fait par le Gouvernement doit certainement s'appliquer. Les tribunaux ne peuvent pas refuser d'en tenir compte sous prétexte qu'il n'est pas légal... (21).
>
> ... il (le règlement ratifié) devient une véritable loi du jour où il a été porté. Il ne tire pas d'ailleurs en réalité sa force obligatoire de la ratification parlementaire ; la rétroactivité est une fiction et il faut écarter toute fiction. La ratification ne peut produire d'effet que du jour où elle intervient. Si le règlement de nécessité, ratifié postérieurement, prend ses effets au jour de sa date, c'est que, dès ce moment, à raison des circonstances, à raison des conditions dans lesquelles il a été publié, il avait déjà force législative... » (22).

---

(16) Qui est l'hypothèse classique de recours à l'état de nécessité.

(17) 3e *édition*, t. III, p. 752.

(18) *Ibidem*, p. 753.

(19) Il écrit même : « Il faut en effet éviter à tout prix d'aboutir à la théorie allemande du notrech. La pente est rapide et dangereuse et il faut se garder de toute doctrine susceptible de l'ouvrir aux gouvernants trop enclins dans les circonstances graves, malgré la vertu des hommes qui la composent, à dire comme le chancelier Bethmann-Hollweg : not hat kein geboth, formule naturelle du despotisme et de l'arbitraire. » (*Ibidem*, p. 752).

(20) Survenance de certains événements mettant l'Etat en péril, impossibilité de réunir le Parlement ou d'attendre sa décision et surtout intention réelle de soumettre les mesures à ratification parlementaire.

(21) *Op. cit.*, p. 754.

(22) *Ibidem.*

Certains auteurs allemands enfin (23) ont affirmé que l'état de nécessité était source inconditionnelle de droit. Hans Ernst Folz (24) cite trois auteurs du XIX^e siècle qui défendent le droit de nécessité (25) : Ihering, Bischof et Bluntschli. Ces trois auteurs rappellent la maxime de Ciceron « salus populi summa lex esto », puis, en prenant le mot « lex » dans une acception très stricte, concluent à la suite d'argumentations plus ou moins détaillées (26) que l'état de nécessité est source inconditionnelle de droit. Folz lui-même exprime cette idée, de façon peut-être un peu moins catégorique (27).

Carl Schmitt (28) prend plus nettement parti en faveur de la thèse de l'état de nécessité source inconditionnelle de droit : pour lui, la « dictature » (entendez l'état de nécessité) met à jour le pouvoir de l'Etat dans ce qu'il a de plus caractéristique et de plus essentiel. La dictature ignore apparemment le droit, mais c'est au fond pour le réaliser ; les mesures de nécessité sont légitimes par suite des circonstances.

Un auteur plus récent enfin, G. Flor (29), critique violemment les auteurs qui se refusent à recevoir l'état de nécessité (30) et leur objecte que le droit ne s'épuise pas avec le droit écrit, qu'il existe des cas limites qui ne sont pas des espaces vides de droit, mais des espaces où naît le droit. A son avis, l'état de nécessité crée un nouveau droit qui, pour le temps de la nécessité, prend la place du droit positif existant.

Cette théorie de l'état de nécessité source inconditionnelle de droit encourt de graves critiques du point de vue de l'idéal démocratique. On ne peut imputer sans injustice à ses défenseurs l'entière

---

(23) Et non tous les auteurs comme l'a affirmé un peu trop hâtivement la doctrine française. C'est un grand mérite pour J. Lamarque que d'avoir démoli le mythe qui tenait lieu d'exacte appréciation sur ce point (R.D.P. 1961, p. 566).

(24) Qui a repris la question dans un ouvrage intitulé *Staatnotstand und notstandrecht* (nécessité de l'Etat et droit de nécessité).

(25) p. 150 et s.

(26) Bluntschli se contente d'affirmer. Ihering approfondit davantage : le droit est un moyen au service de l'existence de la société et non une fin en lui-même ; tout ce qui est contraire à cette fin n'est donc pas du droit et, inversement, tout ce qui est conforme à cette fin est du droit. Bischof pense que le droit édicté par la constitution a pour tâche de régler des situations normales et que le droit emploiera tout naturellement des moyens non prévus par la constitution en face des situations anormales, mais que ces moyens sont des moyens de droit tout autant que les moyens constitutionnels.

(27) « L'argument que la reconnaissance du droit de nécessité est incompatible avec le principe de l'Etat légal (Rechtstaatsprinzip) contraint à aboutir à la conséquence inéluctable que, le cas échéant, l'existence même de l'Etat doit être mise en question. En dernière analyse, le principe de l'Etat légal amènerait la mort de ce même Etat légal » (*op. cit.*, p. 170).

(28) *Politische theologie*, 1934, p. 11 et surtout *Die Diktatur*, 2^e éd., 1928, p. 27 et s.

(29) « La question du droit d'exception et de la nécessité étatique », article publié dans *Juristiche Rundschau*, 1954, p. 125.

(30) Ci-dessus, p. 45 note (4).

responsabilité des abus qui ont pu être commis en son nom ; mais il faut reconnaître qu'elle favorise les excès en donnant à l'état de nécessité une portée beaucoup trop étendue, et en ne mettant pas assez l'accent sur l'idée que l'état de nécessité reste une situation exceptionnelle (31).

L'objection majeure se situe sur le plan théorique : elle rejoint la critique générale qu'encourt toute théorie qui se réfère à une conception non positiviste du droit, critique particulièrement vive si on l'appuie sur le principe démocratique. Il suffit, à cet égard, de renvoyer au compte rendu critique de l'ouvrage de R. Hoerni par G. Jèze (32) et plus généralement à l'opinion de ce même auteur sur le droit naturel de nécessité (33).

Sous quelle forme, dès lors, la doctrine doit-elle recevoir l'état de nécessité sans être infidèle à l'idéal démocratique ? Quelques auteurs ont trouvé, semble-t-il, un juste équilibre en voyant dans l'état de nécessité une source conditionnelle de droit.

B. — *L'état de nécessité, source conditionnelle de droit.*

La conception doctrinale qui voit dans l'état de nécessité une source seulement conditionnelle de droit n'est pas tellement éloignée de la théorie de l'état de nécessité source inconditionnelle de droit. Elle lui emprunte au moins l'idée que les circonstances qui rendent indispensable le recours à l'état de nécessité suspendent l'ordre juridique en vigueur et que, par conséquent, les mesures de nécessité ne sont pas contraires au droit ; elle va même jusqu'à dire qu'elles s'intègrent dans un certain ordre juridique. Mais cette conception enlève à la théorie précédente ce qu'elle pouvait avoir d'absolu et d'extrême. Elle la tempère par deux idées.

En premier lieu, il n'y a pas disparition de la totalité de l'ordre juridique ancien, mais seulement suspension d'une partie de cet ordre. Le droit antérieur survit en tant que droit antérieur, tirant sa validité de son élaboration démocratique et non pas parce qu'il serait conforme aux nécessités présentes, validé par cette conformité. Cette différence n'apparaît pas immédiatement sur le plan pratique, mais elle est fondamentale sur le plan théorique.

En second lieu, le recours à l'état de nécessité donne naissance à un droit seulement provisoire et conditionnel. Ce droit, né des circonstances, n'est valable que pour la durée de celles-ci (34) et à condition

---

(31) Duguit l'avait senti, et c'est pourquoi il avait tenté de faire le départ entre sa conception et la théorie du notrech.

(32) RDP 1917, p. 540.

(33) *Ibidem*, p. 420 et s. Dans le même sens, la thèse de J. Favre précitée, spécialement le chapitre III.

(34) Ce que ne contesteraient pas la plupart des tenants de la théorie de l'état de nécessité source inconditionnelle de droit.

qu'il soit ultérieurement validé par les organes chargés du contrôle de l'exercice de l'état de nécessité. Cette validation ultérieure est autre chose que la simple constatation de la conformité du recours à l'état de nécessité avec la solidarité sociale, comme la concevait Duguit. Elle est la source directe de la régularité des mesures provisoires de nécessité, dont les circonstances de crise ne sont que l'occasion. Les civilistes diraient que la validation ultérieure est ici constitutive de droit, et la décision d'entrée en vigueur de l'état de nécessité seulement déclarative, en anticipant sur l'avenir ; la théorie de l'état de nécessité source inconditionnelle de droit affirmait le contraire.

L'inconvénient de cette forme de réception est sa relative incertitude, née de l'inversion chronologique de l'acte déclaratif et de l'acte constitutif. Certains diront que c'est plus qu'une inversion, que c'est un illogisme. C'est possible ; mais cela paraît inévitable. Des circonstances exceptionnelles entraînent une situation inhabituelle du point de vue juridique ; il faut s'y résigner en dépit de son inconfort.

Ce n'est pas, au demeurant, une hypothèse unique dans le domaine juridique. La théorie des gouvernements de fait en droit international et constitutionnel, celle des fonctionnaires de fait en droit administratif, s'inspirent d'idées analogues. Les hypothèses dans lesquelles elles ont eu à s'appliquer sont, comme celles du recours à l'état de nécessité (35), exceptionnelles ; les situations qui en résultent du point de vue juridique sont tout aussi floues et tout aussi incertaines. Les actes d'un gouvernement de fait ou d'un fonctionnaire de fait produisent des effets analogues à ceux que produiraient des actes juridiques réguliers ; pourtant ce ne sont pas des actes juridiques parfaits, pas plus d'ailleurs que des actes contraires au droit.

Cette théorie un peu difficile à saisir, parce qu'élaborée au vu d'une situation complexe, s'éclaire par référence aux quelques auteurs qui l'ont adoptée, souvent implicitement.

Le plus net d'entre eux est probablement Hauriou. Il commence par rechercher le fondement du recours à l'état de nécessité qui, pour lui, est la légitime défense (36) :

> « Mais il a fallu en venir à combiner avec ces éléments de légalité (37) les *nécessités de l'état de guerre* et ainsi se trouve posé en droit public interne un grave problème qui est posé depuis longtemps en droit international : dans quelle mesure et à quelles conditions des modifications aux règles ordinaires du droit peuvent-elles être justifiées par les nécessités de l'état de guerre ?
>
> A notre avis, la solution doit être tirée de l'idée de la *légitime défense*. Il s'agit de savoir si, au moment où le pouvoir exécutif a pris les mesures nécessaires l'Etat était ou non du fait

(35) Avec lesquelles elles coïncident souvent.

(36) Ce qui est plutôt contestable étant donné que l'état de nécessité est une notion plus large que la légitime défense (ci-dessus, p. 21).

(37) Il s'agit de la légalité de crise.

de la guerre en état de légitime défense vis-à-vis des individus contre lesquels étaient dirigées les réglementations ou les mesures individuelles... L'état de nécessité ne fait qu'ouvrir pour l'Etat une possibilité d'invoquer le droit de légitime défense en des matières où cette possibilité n'existe pas dans l'état de paix... » (38).

Il situe ensuite le recours à l'état de nécessité par le jeu d'une double opposition, à la tradition démocratique (« évidemment pas assez creusée ») représentée par Esmein-Nezard (39) d'une part, à la théorie de l'état de nécessité source de droit au même titre que les procédures démocratiques d'autre part :

« Il faut ajouter que : 1°) si le Gouvernement est sorti de la légalité, il n'est cependant pas sorti du droit pourvu qu'il soit en légitime défense, 2°) que le bill d'indemnity qui est en général voté par les chambres dans ces cas-là ne doit jamais s'analyser en une amnistie qui effacerait un acte coupable du Gouvernement, le Gouvernement n'ayant pas été coupable et ayant, au contraire, fait son devoir, mais en une simple légalisation... (40).

... Malgré tout, des théories juridiques comme celle du droit de légitime défense de l'Etat ne sont qu'un pis aller ; c'est, comme le droit révolutionaire, un droit de seconde qualité, on a hâte de rentrer dans la légalité qui représente un droit supérieur... » (41).

Hauriou insiste plutôt sur le fait que l'état de nécessité produit des effets juridiques, tout en spécifiant qu'il s'agit d'un droit de seconde qualité, une sorte de sous-légalité. L'italien Trentin conserve davantage l'équilibre entre les deux idées :

« Pour l'Etat ainsi que pour les individus, la conservation de sa propre existence doit être regardée comme le but premier dont la poursuite peut excuser toute transgression de la norme juridique. Cela ressort de la nature même de l'Etat qui, par le fait même de se constituer sur l'unification de la vie collective, affirme son droit suprême à l'existence juridique, en tant qu'institution » (42).

La double mention d'une transgression de la norme et d'un droit à l'existence juridique est contradictoire ; cette contradiction ne se résoud que dans l'idée de la superposition — ou de la juxtaposition — de deux ordres juridiques de valeur inégale et successive (43).

---

(38) *Précis de droit constitutionnel*, 2e éd., p. 451-452. C'est l'auteur qui souligne.

(39) Dont nous avons mentionné les conceptions ci-dessus, p. 47.

(40) *Op. cit.*, p. 453, note 81.

(41) *Op. cit.*, p. 453.

(42) *Les transformations récentes du droit public italien*, 1929, p. 45.

(43) Il est d'ailleurs significatif que J. Lamarque ait rapproché l'opinion de Trentin et celle d'Hauriou (RDP 1961, pp. 564-565).

Jellinek, enfin, semble adopter ce point de vue, tout en étant plus près, lui, de la tradition démocratique (44) :

> « Il résulte de la nature de l'Etat et du Gouvernement qu'il peut se rencontrer des situations exigeant impérieusement que soient édictées à l'instant même des dispositions qui, en principe, doivent être portées par la voie législative. Si la constitution refuse en pareil cas au Gouvernement le droit de suppléer la volonté du législateur, elle crée par là même une de ces situations qui doivent être évitées, dans lesquelles la réalité des forces naturelles de l'Etat tend à remplir la place laissée vacante par l'ordonnancement juridique. Le Gouvernement est alors contraint par la force des circonstances de pourvoir, sous sa responsabilité, à la nécessité, par tous les moyens qui sont à sa disposition, et il appartient alors aux chambres d'arranger les choses par une ratification postérieure de l'atteinte portée au droit formel » (45).

La mission des Chambres qui consiste à « arranger les choses » montre bien que Jellinek ne considère pas l'état de nécessité comme une source inconditionnelle de droit. Mais l'emploi du qualificatif « formel » appliqué au droit atteint par les mesures de nécessité sous-entend que les mesures de nécessité ne sont pas du pur fait ; ce point se trouve corroboré par l'idée que le rôle du Gouvernement est d'éviter que la réalité des forces naturelles ne vienne remplacer le droit : c'est donc que les mesures qu'il édicte ne sont pas l'une de ces forces de fait, mais bel et bien une forme de droit.

La comparaison de ces trois auteurs montre que cette théorie de l'état de nécessité source conditionelle de droit n'a pas reçu d'expression vraiment typique et catégorique. Leur opinion traduit plutôt d'état d'esprit d'une partie de la doctrine démocratique qui accepte de recevoir l'état de nécessité sans pour autant tomber dans les excès de l'école objectiviste ou des théories de droit naturel. La part d'imprécision qu'elle renferme provient de ce qu'il est difficile d'exprimer sur un plan abstrait les impératifs du réel, alors que la doctrine se doit d'atteindre à l'abstraction. La jurisprudence n'a pas la même mission ni les mêmes exigences. Elle va donc pouvoir être beaucoup plus catégorique en faveur de la réception de l'état de nécessité.

§ 2. — *La réception de l'état de nécessité par la jurisprudence.*

La fraction de la jurisprudence qui reçoit l'état de nécessité est largement majoritaire, contrairement à ce qui se passait pour la doc-

---

(44) Ce qui explique que J. Lamarque (RDP 1961, p. 567) n'hésite pas à le ranger parmi les auteurs qui se rallient à des théories « politiques » de la nécessité (qualification qui correspond grosso modo à notre « tradition démocratique »).

(45) « Gesetz und verordnung », p. 376, cité par Duguit : *Traité de droit constitutionnel*, 3e éd., t. III, p. 749.

trine. Cela provient sans doute de ce que la jurisprudence a tiré plus vite les conséquences du caractère inéluctable de l'état de nécessité en démocratie parce qu'elle est plus près des problèmes concrets. Le courant jurisprudentiel favorable à la réception de l'état de nécessité s'est très vite développé pour rallier les unes après les autres les diverses jurisprudences nationales au fur et à mesure que l'occasion leur était donnée de se prononcer sur ce point (46). Il nous suffira de donner quelques exemples de ces jurisprudences, et de préciser ensuite la signification et la portée de la réception jurisprudentielle de l'état de nécessité.

A. — *Les jurisprudences nationales favorables à la réception de l'état de nécessité.*

J. Lamarque, dans son article précité à la Revue de droit public 1961, consacre un développement important à la jurisprudence qui reconnaît le droit de nécessité. L'énumération des jurisprudences nationales qui ont adopté cette position y est impressionnante, quantitativement par leur nombre et qualitativement par leur diversité. Certaines sont apparues dans des Etats qui en étaient encore à leurs premières expériences de démocratie (47). D'autres appartiennent à des Etats qui avaient derrière eux un long passé de démocratie ; c'est essentiellement le cas des jurisprudences française et suisse (48).

1. — La jurisprudence du Conseil d'Etat et des Tribunaux administratifs français a toujours accepté de recevoir l'état de nécessité. Le Conseil d'Etat a dû prendre position sur les conséquences juridiques d'un exercice spontané de la fonction législative par le Gouvernement dans le courant de la première guerre mondiale. Il a décidé, contrairement à la Cour de Cassation, que le Gouvernement pouvait édicter des décrets réglementaires en violation des dispositions législatives existantes lorsque c'était le seul moyen d'assurer la sauvegarde de l'Etat démocratique. L'arrêt Heyries du 28 juin 1918 (qui est la

(46) Les modalités de ce ralliement feraient même apparaître une sorte de dualisme comparable à celui de la doctrine considérant l'état de nécessité tantôt comme une source directe de droit, tantôt comme une source indirecte. Certaines jurisprudences valident purement et simplement les mesures prises en vertu de la concentration spontanée des pouvoirs, alors que d'autres se contentent de refuser d'examiner et d'apprécier la validité de telles mesures, ce qui revient à ne pas entraver leur application sans pour autant les mettre sur le même plan que le droit positif normalement en vigueur. Il ne faut pas néanmoins systématiser ce dualisme qui s'explique souvent par des raisons d'ordre pratique plutôt que par des prises de position théoriques.

(47) Roumanie, Grèce et Italie d'avant la première guerre mondiale.

(48) Nous nous en tiendrons à ces deux jurisprudences étant donnée leur importance, et nous nous contenterons de renvoyer pour les autres à l'étude de J. Lamarque et à la bibliographie citée à l'appui (RDP 1961, pp. 572-576).

première décision vraiment nette en ce sens (49) est une véritable réception de l'état de nécessité (50).

Le Conseil d'Etat répond en effet par l'affirmative à la question de savoir si une disposition législative peut être suspendue par décret quand les nécessités de la défense du pays imposent absolument cette suspension :

> « Il incombe (au Président de la République) de veiller à ce qu'à toute époque les services publics institués par les lois et règlements soient en état de fonctionner et à ce que les difficultés résultant de la guerre n'en paralysent pas la marche... qu'à raison des conditions dans lesquelles s'exerçaient en fait à cette époque les pouvoirs publics, il avait mission d'édicter lui-même les mesures indispensables pour l'exécution des services publics placés sous son autorité... ».

La rédaction de l'arrêt Heyries paraît sans doute rattacher cette solution à l'article 3 de la loi constitutionnelle du 25 février 1875 (51). Mais le Conseil d'Etat donne de cet article une interprétation si extensive qu'elle équivaut à y voir une consécration constitutionnelle de l'état de nécessité. Le rattachement de l'arrêt Heyries à ce texte est au surplus fort discutable : Esmein fait remarquer que le pouvoir d'assurer l'exécution des lois, seul mentionné dans l'article 3, ne peut comporter celui de les violer (52). Le véritable fondement de l'arrêt est l'état de nécessité, la doctrine l'a tout de suite mis en lumière (53).

Les applications ultérieures de ce que la doctrine appela d'abord « théorie des pouvoirs de guerre » et qui devint par la suite la « théorie des circonstances exceptionnelles » (54) l'ont confirmé. Certains

---

(49) L'interprétation que G. Jèze donnait d'un arrêt Verrier en date du 30 juillet 1915 avait pu un moment faire croire que le Conseil d'Etat s'orientait vers une solution voisine de celle de la Cour de Cassation, avec quelque nuance d'ailleurs. Cf. RDP 1915, p. 490.

(50) D'ailleurs poussée beaucoup plus loin qu'il n'était nécessaire : les impératifs de la défense nationale n'exigeaient pas une mesure disciplinaire définitive comme la révocation ; une suspension temporaire aurait eu le même effet, et était la seule conforme au caractère provisoire des mesures de nécessité.

(51) Le Conseil d'Etat demeure ainsi fidèle dans la forme à une technique jurisprudentielle antérieure qui consistait à fonder la régularité de l'extension des pouvoirs gouvernementaux sur un texte (loi sur l'état de siège le plus souvent) au besoin en le dénaturant, et non sur l'état de nécessité. Cf. par exemple T. C. 29 juillet 1916. Chemin de Fer du Nord. Cette technique a d'ailleurs été utilisée encore ultérieurement chaque fois que possible (CE, 1er août 1919. Vion et Saupiquet).

(52) *Eléments de droit constitutionnel*, t. II, pp. 99-100.

(53) L'expression « nécessités de gouvernement pendant la guerre » se trouve textuellement dans la note d'Hauriou (S. 1922.3.49). Esmein et Duguit citent cet arrêt à propos de leurs développements sur l'état de nécessité.

(54) Les références bibliographiques sur le sujet sont si riches et les décisions jurisprudentielles si nombreuses qu'il nous est impossible de les citer toutes ici. Nous nous permettons de renvoyer au *Traité de Droit Adminitratif* de A. de Laubadère, n° 404 et s.

arrêts ont déclaré valables des mesures réglementaires entachées de violation de la loi ; il s'agissait d'une question touchant à la répartition des compétences constitutionnelles, et la jurisprudence reconnaissait ainsi au Gouvernement une vocation à concentrer l'ensemble des pouvoirs constitutionnels sur sa seule décision en cas de crise (55). Les conditions mises par la jurisprudence à la justification des mesures irrégulières par la théorie des circonstances exceptionnelles (56) ne diffèrent pas dans leur inspiration des conditions d'exercice de l'état de nécessité, au point que l'article 16 de la constitution française de 1958 semble être, en partie, une consécration constitutionnelle de la théorie des circonstances exceptionnelles (57).

Cette jurisprudence ne pouvait manquer de provoquer quelque difficulté en raison de son opposition avec celle de la Cour de Cassation. La divergence devint particulièrement choquante lorsqu'elle se produisit à propos de la même mesure, la Cour de Cassation ayant statué avant le Conseil d'Etat (58). L'une des deux juridictions allait devoir s'incliner ; il est très symptomatique que ce soit finalement la Cour de Cassation.

L'un des attendus de l'arrêt qui marque le ralliement de la jurisprudence judiciaire à la position de la jurisprudence administrative (59) commence à faire produire un certain effet, en deçà de celui reconnu par le Conseil d'Etat, à des actes intervenus en violation des règles de compétences :

> « Attendu que les juges du fond déclarent en outre que si, en raison de l'extrême nécessité et des circonstances de gravité exceptionnelles dans lesquelles ils ont eu lieu, ces prélèvements n'ont pu être opérés avec les formalités légales ordinaires, ils n'en constituent pas moins, malgré leur irrégularité, de véritables

---

(55) L'annotateur anonyme de l'arrêt Dame Vve Goguet du 3 mai 1946 (S. 1947.3.38) et A. Mestre sous l'arrêt Alexis et Wolf du 7 novembre 1947 (JCP 1947, n° 4006) proposaient d'employer l'expression de « théorie de l'état de nécessité » pour remplacer celle de théorie des pouvoirs de guerre qui se révélait trop étroite. Les mots ne triomphèrent pas peut-être parce qu'ils se heurtaient en doctrine encore à une certaine prévention instinctive (Cf. par exemple A. Mathiot : *La théorie des circonstances exceptionnelles* dans *L'évolution du droit public*. Mélanges offerts à A. Mestre, p. 416). Mais la réalité des solutions jurisprudentielles n'est pas discutée.

(56) Que nous n'avons pas à voir en détail ici où seul le principe même de la justification nous importe.

(57) Ce qui s'explique par la présence de membres du Conseil d'Etat parmi les rédacteurs de la constitution.

(58) Le Conseil d'Etat valida en juin 1920 le décret du 30 novembre 1917 sur le commerce de la boulangerie-pâtisserie (Cf. Esmein : *Eléments...*, précités, t. II, p. 99), dont la Cour de Cassation avait refusé d'admettre la légalité par arrêt du 31 mai 1918 (GP, 29 juin 1918).

(59) Ralliement encore partiel et timide puisque la solution de la Cour ne commande qu'une question de compétence.

réquisitions accomplies par des fonctionnaires de fait aux lieu et place de la municipalité défaillante » (60).

On peut y voir l'amorce d'une évolution en faveur de la réception de l'état de nécessité.

2. — La jurisprudence suisse n'apparaît pas au premier abord aussi catégorique que la jurisprudence administrative française. La concentration spontanée des pouvoirs a été le fait de l'Assemblée Fédérale alors que l'article 113 al. 3 de la constitution (61) a toujours été interprété comme ôtant au Tribunal Fédéral tout pouvoir d'apprécier la constitutionnalité des lois et arrêtés de portée générale votés par l'Assemblée Fédérale. La Cour pénale du Tribunal Fédéral qui se prononça le 14 décembre 1915 dans l'affaire Millioud (62) refusa donc de statuer sur la constitutionnalité de l'arrêté fédéral du 3 août 1914 par lequel l'Assemblée Fédérale déléguait pleins pouvoirs au Conseil Fédéral (63), et sur celle de l'ordonnance prise par le Conseil Fédéral en vertu de cet arrêté (64). Elle refusa même d'examiner la conformité de cette ordonnance avec l'arrêté de l'Assemblée Fédérale (65).

Mais le Tribunal jugea bon de développer dans ce même arrêt Millioud une argumentation qu'il présenta comme subsidiaire mais que révèle clairement sa position sur le fond :

> « Il n'est pas non plus exact de prétendre que l'Assemblée Fédérale n'a pas pu autoriser le Conseil Fédéral à s'affranchir des règles constitutionnelles qui, en temps ordinaire, s'imposent à l'observation des autorités. Bien que la constitution ne contienne pas de disposition formelle en ce sens, il n'est pas douteux que lorsque, par suite des circonstances exceptionnelles, le Conseil Fédéral est chargé de prendre toutes mesures exceptionnelles nécessaires pour le bien public menacé, il ne saurait être lié par la constitution dans cette œuvre indispensable... Le prévenu veut

---

(60) Cass. Civ., 29 novembre 1950, Ville de Lillebonne c/Vve Brachais, JCP 1951, n° 6020.

(61) « Le Tribunal Fédéral appliquera les lois votées par l'Assemblée Fédérale et les arrêtés de cette Assemblée qui ont une portée générale. »

(62) Cette affaire se présentait dans des termes très proches de l'affaire Zadig en Angleterre (ci-dessus, p. 60). Millioud avait été poursuivi pénalement pour avoir contrevenu à une ordonnance du Conseil Fédéral, prise en vertu de la délégation de pouvoirs de l'Assemblée, « sur la répression des outrages envers les peuples, les Chefs d'Etat et les Gouvernements étrangers ». Cette ordonnance ôtait au prévenu le bénéfice du jugement par jury que lui reconnaissait l'art. 112, § 2 de la constitution.

(63) Ci-dessus, p. 170.

(64) « Le Tribunal Fédéral ne peut pas plus examiner la constitutionnalité d'une ordonnance de portée générale rendue en vertu de ces pleins pouvoirs qu'il ne pourrait examiner celle d'une loi votée par l'Assemblée Fédérale » (cité par Jèze, RDP 1917, p. 237).

(65) « C'est l'Assemblée Fédérale seule qui peut décider si le Conseil Fédéral a outrepassé les droits qu'elle entendait lui donner » (*ibidem*, p. 237).

qu'il (le Conseil Fédéral) respecte au moins (à défaut des garanties constitutionnelles) les dispositions organiques de la constitution. Mais cette délimitation est tout arbitraire et il est manifestement impossible de prescrire au Gouvernement de s'arrêter à un point déterminé si le salut du pays exige qu'il aille au-delà » (66).

Le Tribunal admet donc bien la possibilité d'une concentration spontanée des pouvoirs par l'Assemblée Fédérale ou par le Conseil Fédéral, même s'il estime que l'appréciation de l'opportunité politique de cette concentration lui échappe totalement.

La jurisprudence suisse a toujours maintenu cette position. L'arrêté de l'Assemblée Fédérale du 30 août 1939 a notamment donné lieu à des solutions jurisprudentielles analogues, bien qu'il n'ait pas été assorti de la clause d'urgence et que sa soustraction au referendum ait été un vice de forme particulièrement évident. La première section civile du Tribunal Fédéral déclarait le 2 décembre 1942 que :

« Le Tribunal Fédéral est lié par l'arrêté Fédéral du 30 août 1939, et il l'est nonobstant le fait que cet arrêté n'a pas été muni de la clause d'urgence, car il ne s'en agit pas moins, faute d'une déclaration contraire, d'un arrêté de portée générale, délibérément soustrait, en tant que « loi de nécessité » au referendum populaire... » (67).

L'arrêt conclut simplement dans son dispositif au rejet de tout contrôle juridictionnel, mais il est tout à fait explicite dans les motifs.

Cette interférence constante, dans la jurisprudence suisse (68), entre un refus d'appréciation de la validité de la concentration des pouvoirs ou de ses effets et une réception sans équivoque de cette même validité pourrait laisser planer un doute sur la réalité de la réception de l'état de nécessité par la jurisprudence. Il faut donc en préciser la signification et la portée.

B. — *Signification et portée de la réception de l'état de nécessité par la jurisprudence.*

1. — L'attitude de la jurisprudence qui refuse de déclarer nulles des mesures prises par une autorité incompétente équivaut en démocratie

---

(66) Le Tribunal suivait en cela l'opinion du procureur général Burckhardt, un des plus célèbres juristes du droit public suisse, qui déclarait que « au moment où la situation politique cessait d'être simplement menaçante pour devenir tragique, on n'a pas entendu sacrifier le pays à la légalité ; que c'est le bon sens même qui plaide pour la nécessité politique ». (Cité par Jèze, RDP 1917, p. 235.)

(67) Arrêt Banque commerciale de Soleure c/ Etat de Genève, cité par Munci Kapani : *Les pouvoirs extraordinaires de l'exécutif en temps de guerre et de crise nationale*, Th., Genève 1949, p. 82.

(68) Comme dans la jurisprudence italienne à certaines périodes. Cf. Lamarque, article précité, p. 575.

à une véritable réception de l'état de nécessité. Cette remarque vaut quel que soit le domaine où sont intervenues les mesures et quelles que soient les modalités du refus jurisprudentiel.

La jurisprudence est logiquement conduite à recevoir l'état de nécessité sur le plan constitutionnel à partir du moment où elle reconnaît la validité d'une mesure décidée par une autorité incompétente (69) parce que cette mesure s'imposait absolument pour la sauvegarde des intérêts ou des valeurs que cette autorité avait pour mission de protéger dans sa sphère d'activités. L'analogie de raisonnement est certaine : il n'y a pas de raison que la jurisprudence interdise à une assemblée législative ou au chef de l'exécutif ce qu'elle permet à un maire ou à un préfet. Et surtout, tout l'ordre juridique repose en démocratie sur la souveraineté populaire. Le pouvoir que détiennent les autorités les plus hautes est donc identique par nature à celui qui est imparti aux autorités les plus basses. La jurisprudence qui admet une atteinte à la répartition des compétences même à un échelon mineur accepte un bouleversement virtuel de l'ensemble de l'ordre juridique démocratique (70).

La jurisprudence qui se contente de refuser d'examiner la régularité de la concentration des pouvoirs aboutit en pratique à recevoir l'état de nécessité (71). La jurisprudence a pour mission de faire appliquer le droit, au besoin en prononçant des sanctions. Son refus d'apprécier la régularité du recours à l'état de nécessité ne l'empêche pas de statuer comme si les mesures prises en vertu de ce recours faisaient partie du droit positif, du « bloc de la légalité » ; elle sanctionne ces mesures. Elle peut bien prendre la précaution de spécifier dans ses motifs que la solution donnée ne préjuge en rien de la validité réelle de la concentration des pouvoirs ; cela ne change rien au fait qu'elle laisse le champ libre à l'application des mesures de nécessité, mieux, qu'elle lui apporte son concours.

2. — La réception de l'état de nécessité par la jurisprudence apparaît bien comme une conséquence directe du caractère inéluctable du recours à l'état de nécessité en démocratie. Un examen même sommaire des conditions dans lesquelles se sont prononcées les diverses jurisprudences nationales permet de s'en rendre compte.

En France, c'est la jurisprudence administrative qui a reçu le plus facilement l'état de nécessité. Or le Conseil d'Etat se trouve, de par son recrutement et ses attributions, plus près des réalités gou-

---

(69) Cf. le glissement qui mène de l'idée d'incompétence à la notion d'état de nécessité (ci-dessus, p. 24).

(70) La doctrine a mis rapidement en lumière cette liaison entre le principe démocratique et la répartition des compétences à tous les échelons de l'activité étatique. Cf. le passage de Jèze cité ci-dessus, p. 48.

(71) Même si son inspiration se réfère à des considérations d'opportunité politique ou de modestie quant à l'ampleur de son rôle dans l'Etat démocratique, plutôt qu'à une volonté délibérée de recevoir l'état de nécessité.

vernementales que la Cour de Cassation. Ses membres ont pu sentir plus vite le caractère inéluctable de l'état de nécessité en démocratie.

La comparaison entre les jurisprudences qui reçoivent l'état de nécessité et celles qui demeurent hostiles à cette réception montre une certaine corrélation entre les prises de position jurisprudentielles et le caractère plus ou moins inéluctable de l'état de nécessité dans l'Etat dont elles relèvent. C'est ce qui ressort, par exemple, d'une confrontation entre la jurisprudence anglaise et la jurisprudence suisse : la première n'a pas éprouvé le besoin de recevoir une institution tout à fait exceptionnelle en Grande-Bretagne ; la seconde au contraire a senti combien c'était inévitable.

La jurisprudence américaine offre enfin un exemple intéressant de l'influence du caractère inéluctable du recours à l'état de nécessité sur l'attitude des juges. La Cour Suprême, tout en demeurant en principe hostile à l'état de nécessité, a évité de se prononcer en période de crise aiguë et a réservé sa sévérité pour le temps où la paix et l'ordre étaient revenus. Ne serait-ce pas que la Cour s'est sentie contrainte de tenir compte des faits et de conserver le maximum de réserve au moment où le recours à l'état de nécessité apparaissait le plus inéluctable ?

C'est une attitude ambiguë, mais il faut se résigner à cette ambiguïté, tout en s'efforçant de la réduire le plus possible. Le meilleur moyen d'y parvenir paraît être de tirer la conséquence du caractère inéluctable du recours à l'état de nécessité sur le plan du droit écrit, en le prévoyant dans les textes constitutionnels.

Section II

LA PREVISION DE L'ETAT DE NECESSITE DANS LES TEXTES CONSTITUTIONNELS

La jurisprudence qui accepte l'état de nécessité constitue, en même temps que l'expression d'une partie importante de la théorie démocratique, une forme de réception de l'état de nécessité par le droit positif. Mais les démocraties occidentales (72) ne considèrent une institution comme partie intégrante du droit positif que si elle est consacrée dans le droit écrit. La réception jurisprudentielle de l'état de nécessité y sera toujours précaire tant qu'elle ne sera pas corroborée par le droit constitutionnel écrit.

L'hostilité de la tradition démocratique envers toute réception de

(72) A l'exception de la Grande-Bretagne.

l'état de nécessité retarde évidemment sa consécration constitutionnelle (73) ; c'est même à cette forme de réception que la résistance est la plus acharnée. La tradition démocratique admettrait peut-être aujourd'hui une atténuation de la condamnation doctrinale de l'état de nécessité, ou un accroissement de l'indulgence jurisprudentielle envers certaines mesures de nécessité, mais elle demeure intransigeante sur la prévision constitutionnelle de l'état de nécessité. Une répugnance envers ce qui aurait toutes les apparences d'une capitulation n'explique pas, à elle seule, cette attitude. Les hésitations de la tradition démocratique proviennent en majeure partie de ce que la prévision de l'état de nécessité dans les textes constitutionnels pose un problème distinct du problème général de sa réception en démocratie. Il existe des objections très sérieuses à cette prévision ; il faut savoir si les avantages qu'elle comporte ne doivent pas cependant conduire à passer outre à ces objections.

§ 1. — *Les objections formulées contre une prévision constitutionnelle de l'état de nécessité.*

Les objections formulées contre une prévision constitutionnelle de l'état de nécessité visent à répondre aux deux questions que doivent inévitablement se poser les auteurs de tout texte constitutionnel — et plus généralement de toute règle de droit : est-il possible de prévoir l'état de nécessité dans la constitution ? Est-il souhaitable de le faire ? Ces deux questions appelleraient une réponse négative : l'état de nécessité ne se prêterait pas, par nature, à une insertion dans les textes ; une telle prévision serait très dangereuse pour l'Etat démocratique. Il ne faudrait pas prévoir l'état de nécessité dans la constitution, parce que d'une part ce serait inutile et parce que d'autre part cela aggraverait les dangers que l'état de nécessité fait courir à l'avenir de la démocratie.

A. — *L'inutilité de toute prévision constitutionnelle.*

Une bonne partie de la tradition démocratique pense qu'il est inutile de prévoir l'état de nécessité dans la constitution. Cette inutilité est objectée à deux stades. Elle vise tout d'abord l'action même de

(73) Un progrès considérable vient d'être fait en ce sens par les diverses modifications que les nouveaux Etats d'Afrique Noire ont apportées à leurs institutions lors de leur accession à la pleine souveraineté. Toutes les constitutions prévoient aujourd'hui l'état de nécessité, alors que seule la République Centrafricaine l'avait fait en 1959 (Cf. D. G. Lavroff et G. Peiser : *Les constitutions africaines*, 1961, pp. 27-29).

La réalité politique africaine est malheureusement de nature à jeter le discrédit sur cette institution, étant donné que la démocratie est en fait peu appliquée dans ces Etats...

prévoir : les tentatives de prévision constitutionnelle seraient vouées à l'échec, donc inutiles, parce qu'il est de l'essence même de l'état de nécessité de n'être pas prévu. Elle vise ensuite le résultat obtenu par la prévision (74) : le texte consacrant l'état de nécessité ne servirait à rien parce qu'il serait inefficace.

1. — Toute prévision constitutionnelle de l'état de nécessité est impossible dans la mesure où la violation du droit existant est considérée comme un élément absolument essentiel de la définition de l'état de nécessité. Il y a état de nécessité, dans une telle conception, seulement lorsqu'aucune règle constitutionnelle ne permet de faire face au danger ; l'existence d'un texte autorisant un organe constitutionnel à se saisir de tous les pouvoirs en cas de crise enlève donc à la concentration des pouvoirs réalisée par cet organe sur sa seule décision le caractère d'un recours à l'état de nécessité. C'est un non-sens que de parler de prévision constitutionnelle de l'état de nécessité : il perd la qualification d'état de nécessité à partir du moment où il est prévu (75). Il n'y a plus entre l'état de nécessité constitutionnalisé (qui ne mérite plus le nom d'état de nécessité) et l'état de siège, par exemple, qu'une différence de degré : concentration totale des pouvoirs dans le premier cas, concentration partielle dans le second ; leur rattachement à la constitution leur assure une nature commune.

Il est curieux qu'aucun des auteurs (76) qui définissent l'état de nécessité comme le non-respect du droit positif ne se soit rendu compte que sa définition de base conduisait logiquement à l'impossibilité d'une consécration constitutionnelle de l'état de nécessité (77). Un parlementaire suisse avait bien entrevu le problème lorsqu'il rappelait à la séance du Conseil National du 22 septembre 1948 que :

> « Le Professeur Buckhardt a affirmé avec raison qu'il peut y avoir une nécessité mais non un droit de nécessité. Le principe de la nécessité est précisément de permettre de s'écarter du droit. Il est donc vain de vouloir la réglementer, puisque la nécessité trouve sa justification dans une situation de fait plus forte que les textes, donc dans l'opportunité indiscutable de l'illégalité commise » (78).

---

(74) Dans la mesure où la première objection est écartée.

(75) Carl Schmitt arrive ainsi à opposer l'état de nécessité à l'article 48 de la constitution de Weimar. Cf. la citation de cet auteur *in fine*, rapportée ci-dessus, p. 11.

(76) A l'exception précisément de Carl Schmitt.

(77) R. Hoerni envisage ainsi sans l'ombre d'une hésitation de prévoir dans la constitution afin de les *régulariser* les hypothèses où l'Etat est contraint de modifier *irrégulièrement* le droit ; il énumère même un certain nombre de constitutions qui prévoient l'état de nécessité ainsi défini, sans se soucier de l'illogisme du principe de cette énumération.

(78) Déclaration de M. Chaudet, citée par M. Battelli : *Les pleins pouvoirs en Suisse*, RDP 1950, p. 135.

Il est inutile de s'arrêter plus longtemps à cette objection : elle serait décisive si elle s'appuyait sur une conception exacte de l'état de nécessité. Mais l'état de nécessité peut exister même en application de la constitution. Une concentration des pouvoirs prévue par la constitution reste un cas d'état de nécessité à partir du moment où elle intervient sur la seule décision de l'organe appelé à en bénéficier. Les tentatives de prévision de l'état de nécessité dans les textes constitutionnels n'équivalent donc pas à rechercher la quadrature du cercle. Il est possible d'arriver à un résultat de principe. Mais ce résultat lui-même est-il de quelque utilité ?

2. — La doctrine et les hommes politiques l'ont maintes fois contesté. Le recours à l'état de nécessité apparaît inéluctable en démocratie parce que les événements qui exigent une riposte énergique surviennent de façon imprévue, parce que, même, ils sont par nature imprévisibles. L'événement surgit alors qu'aucun signe avant-coureur ne pouvait le laisser deviner ; et l'Etat se trouve entièrement désarmé (79). Ou bien l'événement prévu en lui-même se développe avec une ampleur insoupçonnée et se prolonge bien au-delà des conséquences auxquelles on pouvait légitimement s'attendre ; et l'Etat se trouve partiellement démuni de moyens de défense (80). Il en ira toujours ainsi, sans quoi l'état de nécessité ne serait pas inéluctable : il suffirait de perfectionner sans cesse les techniques de substitution.

Cette situation aboutit au dilemme suivant : ou bien la prévision constitutionnelle de l'état de nécessité est effectuée avec une assez grande précision, en contenant des dispositions détaillées relatives aux conditions et aux effets du recours à l'état de nécessité, et les circonstances réelles risqueront de ne pas cadrer avec celles qui avaient inspiré les rédacteurs de la constitution, obligeant l'auteur de la concentration des pouvoirs à ne pas demeurer dans le cadre prévu par le texte ; ou bien la constitution prévoit le recours à l'état de nécessité en termes extrêmement vagues, simplement comme une reconnaissance de principe, sans l'assortir d'aucune règle constructive, et alors cette prévision est un acte gratuit : à quoi bon autoriser une concentration des pouvoirs à laquelle n'importe quel organe constitutionnel, n'importe quel homme politique n'hésiteront pas à procéder s'ils se rendent compte que c'est le seul moyen d'assurer le salut de l'Etat démocratique ? La prévision est inutile dans l'un et l'autre cas.

Cette idée a été développée à maintes reprises par des hommes politiques à la tribune des assemblées parlementaires (81) et par

---

(79) Sauf recours aux dispositions permanentes de substitution dans la mesure où il en aura le temps et la possibilité...

(80) L'habilitation parlementaire éventuellement accordée au vu des circonstances du moment ou des circonstances prévues risque de ne plus correspondre à l'aggravation subite et imprévue de la crise initiale.

(81) En Suisse notamment. Cf. l'article de Battelli précité, RDP 1950, p. 135.

les commentateurs de certains textes constitutionnels, notamment de l'article 16 de la constitution française de 1958. L. Salleron écrivait ainsi dans la Revue des Deux-Mondes (82) :

> « Ce genre de disposition est totalement illusoire. Tout ce qu'on peut dire, c'est que l'article 14 (83), s'il est conservé, tendra à fortifier le Président de la République par l'importance des pouvoirs éventuels qu'il lui accorde. En lui-même, il n'est qu'un rempart de carton contre les événements qu'il envisage. Dans la tempête, c'est l'homme qui compte, non le papier. Avec ou sans article 14, il y aurait eu en 1940 le Maréchal Pétain et le Général de Gaulle. M. Albert Lebrun serait resté M. Albert Lebrun. »

M. Vedel s'exprimait de façon analogue dans son cours de droit constitutionnel et d'institutions politiques (84) :

> « A la vérité, ce n'est pas un texte qui a manqué en 1940 pour que cette situation (la concentration des pouvoirs dans un but de salut public) se réalisât ; ce qui a manqué, c'est une volonté politique. Nanti d'un texte analogue à celui de l'article 16, il est vraisemblable que M. Albert Lebrun n'en aurait pas usé ; il est non moins douteux que s'il l'avait voulu, s'il avait jugé utile de prendre une attitude de ce genre — celle que l'article 16 a pour but de permettre — il l'aurait prise, nonobstant l'absence de l'article 16. »

M. Berlia est encore plus catégorique :

> « A la vérité, lorsqu'une crise revêt un aspect dramatique croissant, le heurt des forces politiques se dispense de plus en plus de l'utilisation des procédures constitutionnelles et les solutions qui interviennent doivent assez peu aux textes. En ce sens, nous semble-t-il, l'existence de l'article 16 n'aurait rien changé, du moins d'important, à la manière dont ont été liquidées les crises de juin 1940 ou de mai 1958... en définitive, si l'on excepte les applications anodines du texte qui ne sont pas entièrement à écarter, et pour lesquelles, évidemment, celui-ci n'était pas nécessaire, l'article 16 nous paraît plus vain que dangereux... » (85).

Il est exact que l'état de nécessité comporte une part d'imprévu. Vouloir inclure cette part dans les textes, c'est s'exposer à ce que ces textes soient violés un jour ou l'autre, au moins dans leur lettre. Mais cela signifie-t-il qu'aucune forme de prévision constitutionnelle ne

---

(82) Septembre 1958, p. 12.

(83) L'auteur se réfère à l'avant-projet de constitution, où l'article 16 actuel avait alors le n° 14.

(84) 1960-1961, p. 858.

(85) « Le Président de la République dans la constitution de 1958 », RDP 1959, pp. 82-83.

soit utile ? Nous ne le pensons pas, à condition de choisir judicieusement les règles qui seront insérées dans le texte (86).

La plupart des crises présentent tout d'abord un certain nombre de traits communs dominants auxquels correspondent certains impératifs constants pour la sauvegarde de l'Etat (87). Il peut être bon de les prévoir dans la constitution, quitte à ce que le texte se trouve violé une fois ou l'autre tout à fait exceptionnellement. Le seul fait qu'il soit respecté dans la majeure partie des cas justifie déjà suffisamment l'existence du texte.

Il existe ensuite un certain nombre de règles générales commandant l'exercice de l'état de nécessité qui sont *toujours* valables parce qu'elles découlent des exigences du principe démocratique (88). Il est possible d'inscrire ces règles dans la constitution à la fois parce que le salut de l'Etat n'exigera jamais leur violation et parce qu'elles sont assez précises pour faire l'objet d'une rédaction.

La prévision constitutionnelle est au fond utile surtout parce qu'elle prépare le contrôle de l'état de nécessité et en facilite l'exercice. Elle sert de guide à l'organe constitutionnel qui concentre tous les pouvoirs sur sa seule décision et de point de référence aux organes chargés de le contrôler. Ceux qui ont affirmé que la consécration constitutionnelle de l'état de nécessité était inutile se sont placés seulement dans la perspective de la concentration des pouvoirs ; ils auraient sans doute raisonné différemment s'ils avaient considéré le contrôle de l'exercice des pouvoirs ainsi concentrés.

Cette optique incomplète ne suffit d'ailleurs pas à expliquer les réticences envers la prévision constitutionnelle de l'état de nécessité : il ne coûte rien, après tout, d'essayer une chose inutile, du moment qu'elle n'est pas dangereuse. Mais, justement, la prévision constitutionnelle de l'état de nécessité peut se révéler dangereuse : elle aggrave les risques que l'état de nécessité fait courir à l'avenir de la démocratie.

B. — *L'aggravation des dangers que l'état de nécessité fait courir à l'avenir de la démocratie.*

L'existence d'un texte autorisant un organe constitutionnel à concentrer tous les pouvoirs sur sa seule décision pour assurer la sauvegarde de l'Etat augmente les dangers d'abus du recours à l'état de nécessité et de personnalisation excessive du pouvoir encourus

---

(86) Cf. G. Flor « Staatnotstand und rechtlige bindung » dans *Deutsche Verwaltungsblatt*, 1958, p. 149 et s.

(87) Il en va ainsi, par exemple, de la détermination du titulaire des pouvoirs de nécessité. Nous verrons que c'est pratiquement toujours un organe exécutif.

(88) C'est notamment le cas des règles relatives au contrôle de l'état de nécessité.

par l'Etat démocratique du seul fait du recours à l'état de nécessité. Des exemples sont là qui le prouvent de façon indiscutable.

1. — La cause fondamentale de cette aggravation réside dans le fait que, une fois prévu dans la constitution, le recours à l'état de nécessité apparaît revêtu d'une présomption de légitimité juridique difficile à renverser. Or la régularité du recours à l'état de nécessité au regard de la constitution, qui n'influe pas sur sa nature, a des répercussions sur le plan politique. La prévision constitutionnelle facilite grandement l'action de celui qui recourt à l'état de nécessité. Elle incite l'organe constitutionnel auquel cette compétence est reconnue à l'utiliser, même au cas où cela n'apparaît pas absolument indispensable à la sauvegarde de l'Etat. Elle incite les masses à approuver les initiatives qu'il prend en ce sens.

Un silence, ou *a fortiori* une interdiction, du texte constitutionnel imprime au recours à l'état de nécessité un caractère de flagrante irrégularité. Son auteur s'expose ainsi à d'assez grands risques pour sa carrière d'homme politique, voire de simple citoyen : il devra obtenir des organes compétents une véritable amnistie le relevant des sanctions, en général très lourdes, que la constitution prévoit à l'encontre de ceux qui violeraient l'une quelconque de ses dispositions. Anson voyait dans cette situation une garantie appréciable contre les abus (89) :

> « Il est plus sûr de laisser l'exécutif agir à ses risques et périls et courir la chance d'un indemnity. Bien que des ministres timides puissent reculer devant les risques à courir et redouter la responsabilité d'actes pourtant nécessaires, il nous faut choisir entre la possibilité d'une inaction déraisonnable et le danger plus grand qu'il y aurait à mettre la Couronne et ses ministres au-dessus des lois du pays » (90).

Cela revient à dire que la crainte du gendarme est le commencement de la sagesse et que, si on supprime le gendarme, on risque de supprimer aussi la sagesse (91).

La prévision constitutionnelle crée d'autre part un climat psychologique favorable à un renforcement d'une personnalisation du pou-

---

(89) Sans se dissimuler, d'ailleurs, qu'elle pouvait parfois entraver un recours légitime à l'état de nécessité.

(90) *Loi et pratique constitutionnelles de l'Angleterre*, t. I, p. 371.

(91) On pourrait objecter à cette analyse que l'absence de toute prévision constitutionnelle n'empêchera pas un homme entreprenant de recourir à l'état de nécessité s'il est convaincu de la simple utilité des mesures qu'il compte prendre, parce que celle-ci suffira la plupart du temps à lui permettre d'obtenir l'amnistie. C'est au fond la transposition de la notion de gestion d'affaire telle qu'elle existe en droit civil.

Mais cela suppose que cet homme soit assuré du succès de son entreprise. Or l'absence de toute prévision constitutionnelle rend ce succès plus douteux, parce qu'elle rend les organes chargés de l'exécution des mesures de nécessité et les citoyens qui ont à les subir beaucoup plus critiques à l'encontre des conditions dans lesquelles la concentration des pouvoirs est intervenue.

voir qui tend déjà à devenir excessive. L'action du titulaire des pouvoirs de nécessité est reconnue par tous comme légitime avant même de produire un résultat. Elle bénéficie dès le départ de l'appui sans réserve des citoyens, donné pendant un délai assez long et un peu aveuglément puisque l'issue de l'entreprise est encore douteuse. Cet appui revêt l'aspect d'une confiance personnelle accordée à l'homme et non à ses actes, ou plus exactement accordée aux actes parce qu'ils émanent de l'homme. L'attachement initial se trouve justifié quand la réussite est établie, et le titulaire des pouvoirs de nécessité fait figure de héros sans qu'aucune ombre d'illégalité ou d'illégitimité initiales ne vienne ternir l'éclat de sa victoire et tempérer l'enthousiasme des foules.

2. — La crainte que la constitutionnalisation de l'état de nécessité n'aggrave les dangers d'utilisation abusive et de personnalisation excessive du pouvoir n'est pas purement illusoire. Les expériences vécues par l'Italie et par la France sont là pour le montrer.

Le souvenir des abus de recours à l'état de nécessité que l'Italie avait connus sous l'empire du statut de 1848, pourtant muet sur la question (92), a suscité de fortes hésitations à l'Assemblée Constituante de 1946-1947 sur l'opportunité d'une consécration constitutionnelle de l'état de nécessité. Les partisans de la prévision constitutionnelle l'emportèrent finalement après des discussions assez vives (93). L'article 77 de la constitution du 1er janvier 1948 donne au Gouvernement la possibilité d'adopter des mesures ayant force de loi « dans des cas extraordinaires de nécessité et d'urgence ». Mais ce texte ne devait jouer, dans l'esprit des constituants qui voulaient réagir contre les abus antérieurs, que très exceptionnellement, seulement dans le cas d'une crise très grave entraînant un bouleversement complet du fonctionnement des institutions.

Or cent-quatorze décrets ont été pris en vertu de ce texte depuis le 6 octobre 1948 — date de sa première application — jusqu'au 1er février 1962. Il est impossible de croire qu'ils aient tous été indispensables à la sauvegarde de l'Etat, surtout lorsqu'il s'agit (comme le plus récent d'entre eux) d'un décret concernant l'abolition des coefficients de compensation sur le suif et le lard importés de France !

Cet abus manifeste, énorme, n'a pour ainsi dire suscité aucune réaction ni dans l'opinion ni chez les juristes. Seul le Parlement a repoussé la conversion de *deux* d'entre eux parce qu'ils ne présentaient pas le caractère de nécessité et d'urgence requis par l'ar-

(92) Ci-dessus, p. 71.

(93) Cf. *La constitution italienne de* 1948, ouvrage collectif publié par la Fondation Nationale des Sciences Solitiques (cahier n° 18), p. 163.

ticle 77 (94). On ne sait trop pourquoi les Chambres ont soudain pris conscience, et pour un temps très bref, de l'existence de ce motif. Le Gouvernement n'a guère souffert de leur intervention qui s'est bornée à un refus de ratification des textes sans atteindre autrement leur auteur. Il est probable que si l'article 77 n'avait pas existé le Gouvernement aurait hésité à commettre cent-quatorze fois une irrégularité ; il est probable surtout que le Parlement, les milieux juridiques, l'opinion publique, auraient réagi devant des violations répétées de la constitution (95). Le seul fait que la constitution ait autorisé le recours à l'état de nécessité, même en prévision de circonstances tout autres, a suffi pour étouffer tous les scrupules et faire taire toutes les velléités de protestations.

La prévision constitutionnelle de l'état de nécessité réalisée en France par l'article 16 de la constitution de 1958 n'a peut-être pas été à l'origine d'abus aussi flagrants, mais elle a contribué à accroître une tendance à la personnalisalion excessive du pouvoir (96).

L'opiniâtreté avec laquelle le Président du Conseil de juillet-août 1958 a défendu le principe de l'insertion de l'article 16 dans la constitution et la constance avec laquelle il a maintenu l'essentiel de sa rédaction initiale en dépit des nombreuses propositions d'amendement, sont assez révélatrices de l'état d'esprit d'un gouvernant qui pense avoir un jour à assumer la totalité du pouvoir pour sauver l'Etat démocratique. Les réminiscences de 1940 (97) montrent le prix qu'un homme politique peut attacher à se maintenir dans la légalité ou l'apparence de légalité : c'est un signe qu'une prévision constitutionnelle de l'état de nécessité lui confère des facilités pour y recourir (98).

Ce fait avait motivé une critique très vive de la part de M. Duverger à l'encontre de l'article 16 :

> « Tout régime politique doit prévoir des garde-fous contre les gouvernements qui sont tentés d'abuser du pouvoir : il est dangereux au plus haut point que la constitution de 1958, au

---

(94) Décret du 24 septembre 1958 concernant l'institution d'une taxe sur les véhicules à moteur actionnés par le gaz de pétrole, refusé le 20 novembre 1958, et décret du 17 octobre 1958 fixant les règles du commerce en gros des produits maraîchers et fruitiers, des viandes et des produits laitiers, repoussé le 11 décembre 1958.

(95) Violations de sa lettre et de son esprit ; car il y a eu déjà, indiscutablement, violation de l'esprit du texte.

(96) Danger qui, pour l'instant, n'existe pas en Italie.

(97) A peine dissimulées et, en tous cas, mises à nu immédiatement et impitoyablement parfois, par l'ensemble des commentateurs, à commencer par les plus officiels. Cf. le communiqué officiel publié après l'audition du Général de Gaulle par le Comité Consultatif Constitutionnel (« ...à la lumière des événements des trente dernières années... »), ainsi que le commentaire de la constitution publié par la Documentation française (N.E.D. du 8 avril 1959, n° 2530).

(98) Les déclarations du Général de Gaulle en mai 1958 sur les conditions de son retour au pouvoir laissaient déjà deviner cette attitude.

lieu d'appliquer cette règle fondamentale, ait pris la voie contraire et se soit ingéniée à mettre dans la main d'aventuriers possibles tous les moyens de réussir leur aventure » (99).

L'article 16 ne mériterait pas ce jugement sévère à s'en tenir à l'interprétation à demi-officielle de ce texte (100) :

« L'article 16 jouera dans des cas où, précisément, il y aura des problèmes tels qu'on ne pourra pas mettre en cause l'intention du Président de la République » (101).

Mais la réalité a démenti cete affirmation optimiste.

L'existence de l'article 16 a failli conduire à deux reprises à un recours abusif à l'état de nécessité. La première tentative remonte au début de 1960, lors des émeutes d'Alger. Le Président de la République consulta officiellement le 1er février les personnalités dont l'avis était requis pour la mise en vigueur de l'article 16 (102). Le projet n'eût finalement pas de suite, le Conseil des Ministres ayant préféré convoquer le Parlement pour lui demander l'octroi de pleins pouvoirs. Mais il est tout de même significatif qu'un recours à l'article 16, très certainement abusif (103), ait été sérieusement envisagé, et sans susciter de protestations de la part des milieux politiques et de l'opinion (104). Des raisons d'opportunité et non de régularité juridique empêchèrent seules le Président de la République d'avoir recours à ce procédé (105).

La situation était encore moins proche de celle qui justifie un recours à l'état de nécessité au début de 1962. Le pouvoir disposait d'armes juridiques suffisantes pour faire face à l'agitation O.A.S. Il pouvait en tout cas prévoir les moyens supplémentaires dont il pourrait avoir besoin et les solliciter du Parlement. Le Président de la République déclara pourtant dans son allocution du 5 février qu' « il prendrait encore au besoin les moyens exceptionnels » (106).

---

(99) « Les institutions de la Ve République », *Rev. fr. de Sc. pol.*, 1959, p. 115.

(100) La plus authentique dont on puisse disposer.

(101) Notes et Etudes documentaires précités.

(102) Consultation directe du Président du Sénat, du Président du Conseil Constitutionnel et du Premier Ministre, qui avait pris contact avec le Président de l'Assemblée Nationale. La consultation du Président du Conseil constitutionnel, personnalité en principe non politique, ne laisse planer aucun doute sur les intentions du Président de la République.

(103) Le plus fort de l'émeute était déjà passé et surtout le recours à une technique de substitution était possible puisqu'il fut finalement retenu.

(104) Tout au plus peut-on supposer une certaine réserve des personnalités consultées et... la gratitude des parlementaires qui « surent gré » au Président de la République de s'être abstenu d'user de l'article 16 ! (*L'année politique*, 1960, p. 5.)

(105) Crainte d'émousser l'arme en l'utilisant prématurément et crainte de faire voler en éclat l'unité nationale (*Le Monde* du 3 février 1960).

(106) Tous les commentateurs s'accordent à reconnaître dans ce texte une allusion à l'article 16 (*L'année politique*, 1962, p. 13).

C'est la preuve que le recours à l'état de nécessité ne lui apparaissait pas comme le moyen vraiment ultime pour sauver les institutions.

L'application effective de l'article 16 en avril 1961 elle-même n'est peut-être pas exactement conforme à l'esprit du texte : on peut hésiter sur le point de savoir si toutes les conditions en étaient réellement réunies (107). Le Président de la République aurait-il concentré tous les pouvoirs sur sa seule décision si la constitution ne l'avait pas prévu ? L'insurrection d'Alger aurait cependant pu être réduite dans l'immédiat, et la crise dénouée ultérieurement, avec l'aide du Parlement. On est tenté de penser que le Président de la République a cherché, par la mise en application de l'article 16, un effet psychologique surtout destiné à accroître son prestige. Le silence de la constitution ne lui aurait pas permis d'utiliser ce moyen.

Les expériences française et italienne, facilement prévisibles, amènent alors à se demander pourquoi les constituants (108) ont prévu l'état de nécessité dans les textes constitutionnels au risque d'aggraver les dangers qu'il fait courir à l'avenir de la démocratie. C'est qu'ils ont été sensibles aux avantages très sérieux que cette prévision présentait, en contre-partie, pour la démocratie.

§ 2. — *Les avantages d'une prévision constitutionnelle de l'état de nécessité.*

Le communiqué officiel publié après l'audition du Général de Gaulle par le Comité Consultatif Constitutionnel déclarait que :

> « Le Président du Conseil... a précisé qu'à son sens, aussi bien à la lumière des événements des trente dernières années qu'à la lumière des difficultés qui attendent toutes les nations dans le monde moderne, la nouvelle constitution de la France doit prévoir que le Chef de l'Etat a la responsabilité de la légitimité nationale, et que cette responsabilité doit aboutir à lui reconnaître dans des circonstances exceptionnelles les pouvoirs propres à assurer la continuité de la République. Il ne conçoit pas, quant à lui, qu'un texte moderne puisse passer sous silence cette responsabilité rare, mais essentielle, de la fonction de Président de la République. »

M. Debré lui faisait écho en ces termes le 27 août 1958 devant l'Assemblée Générale du Conseil d'Etat :

> « Quand des circonstances graves, intérieures ou extérieures, et nettement définies par un texte précis, empêchent le fonctionnement des pouvoirs publics, il est normal, à notre époque dramatique, de chercher à donner une base légitime à l'action de

---

(107) Ci-dessous, p. 257.

(108) Surtout les constituants italiens qui avaient vécu une expérience malheureuse.

celui qui représente la légitimité. Il est également normal, il est même indispensable, de fixer à l'avance certaines responsabilités fondamentales... On n'a pas le droit... d'éliminer l'hypothèse de troubles profonds dans notre vie constitutionnelle. C'est pour l'hypothèse de ces troubles profonds qu'il faut solennellement marquer où sont les responsabilités, c'est-à-dire les possibilités d'action. »

Ces quelques phrases renferment l'essentiel des arguments en faveur d'une prévision constitutionnelle de l'état de nécessité. Elles constatent son caractère inéluctable en démocratie, puis mettent en lumière le fait que sa consécration constitutionnelle est beaucoup plus une preuve de réalisme qu'un reniement de l'idéal démocratique. Elle présente en effet un double avantage pratique : contribuer à clarifier la situation d'une part, permettre de prendre le maximum de précautions contre les dangers que le recours à l'état de nécessité peut faire courir à la démocratie d'autre part.

A. — *La prévision constitutionnelle de l'état de nécessité contribue à clarifier la situation.*

La situation de l'organe constitutionnel qui a recours à l'état de nécessité sera une situation relativement nette si l'état de nécessité est prévu dans la constitution. Cela présente déjà l'avantage de faire disparaître les condamnations doctrinales qui se fondaient exclusivement sur son irrégularité juridique (109) ; l'absolution de principe de la concentration spontanée des pouvoirs les rend désormais sans objet. Elle comporte en outre deux conséquences bénéfiques d'une façon plus tangible : elle renforce la capacité de résistance de l'Etat et permet de réduire le désordre juridique.

1. — Le renforcement de la capacité de résistance de l'Etat résulte implicitement de ce que nous avons dit quant à l'aggravation des dangers pratiques de l'état de nécessité par la constitutionnalisation de cette technique. Nous avons fait remarquer que l'absence de tout texte pouvait constituer un frein efficace à un recours abusif : il peut tout autant constituer un frein à un recours qui serait bénéfique pour la démocratie. La disparition de ce frein, qui résulterait de la constitutionnalisation de l'état de nécessité, présente alors, dans cette hypothèse, un caractère hautement souhaitable.

Le tempérament des hommes compte certes davantage que les dispositions qui sont sur le papier : il est des hommes timorés qui

(109) Non pas celles qui se fondent, au-delà de l'irrégularité juridique seule expressément alléguée, sur la contradiction de l'état de nécessité avec la logique démocratique.

n'agiront pas, même si tout les incite à agir, et des hommes hardis qui agiront en dépit de tous les obstacles. Mais il existe aussi des hommes politiques moyens qui pèseront longuement le pour et le contre ; la consécration constitutionnelle de l'état de nécessité peut être un facteur déterminant dans leur décision, sans lequel ils s'abstiendraient de prendre des mesures indispensables à la sauvegarde de l'Etat. Le silence du droit positif serait alors la cause décisive, parce que marginale, de leur carence et de la perte de l'Etat. Il ne faut pas encourir ce risque.

L'absence de consécration constitutionnelle risque au surplus de susciter des controverses sans fin sur la légitimité du recours à l'état de nécessité. Les discussions sont inoffensives lorsqu'elles demeurent au niveau doctrinal. Mais il n'en va plus de même quand elles sont le fait de ceux auxquels il appartient de seconder le titulaire des pouvoirs de nécessité dans l'exécution des mesures qu'il édicte (110) ; il devient très dangereux alors de « disserter sur le sexe des anges quand l'épreuve brutale des forces non seulement menace la cité, mais est en cours dans ses rues et dans ses avenues » (111). La prévision constitutionnelle de l'état de nécessité a au moins l'avantage d'éviter les discussions oiseuses qui retardent et même empêchent (112) l'exécution des mesures de nécessité (113). La démocratie y gagnera puisqu'elle sera plus vite restaurée.

2. — L'ordre juridique démocratique sera généralement moins perturbé si l'état de nécessité est prévu dans un texte. La prévision constitutionnelle ne permet certes pas à l'état de nécessité d'être une source directe de droit. Mais elle permet de prévoir les modalites selon lesquelles les mesures de nécessité seront ultérieurement validées, et les effets qui résulteront de cette validation. Ainsi pourront être évités les inconvénients des mesures rétroactives intervenant de façon empirique, donc souvent désordonnée. Et surtout, les situations juridiques antérieures à l'éclatement de la crise et celles qui sont nées

---

(110) Activement en les faisant appliquer ou passivement en s'y soumettant.

(111) Pour rappeler un précédent célèbre dans les termes qu'employait M. Berlia : *Le Président de la République dans la constitution de* 1958, RDP 1959, p. 82.

(112) Il suffit que quelques individus, dans un but politique et très intéressé, s'indignent d'une illégalité qui nuit à leurs projets subversifs pour que des hommes de bonne foi prennent fait et cause contre l'homme qui viole le droit uniquement pour contrecarrer les desseins de ceux qui cherchent à abattre l'Etat démocratique.

(113) Cet avantage est particulièrement sensible dans un pays imbu de juridisme comme la France, où le Sénat approuvait le 15 janvier 1915 un rapport de Doumer qui déclarait entre autres : « il n'est pas besoin de faire remarquer combien cette théorie (de ne pas observer les formes légales dans les circonstances exceptionnelles traversées en 1914) est dangereuse. Admise, elle ouvrirait la porte au plus complet arbitraire et pourrait conduire un Gouvernement peu scrupuleux à se mettre au-dessus des lois... » (Rapporté par Esmein : *Eléments de droit constitutionnel*, t. II, pp. 100-101, note 141.)

pendant la crise pourront être plus facilement harmonisées. L'harmonisation ne pourra pas être automatique, sans doute (114), mais elle s'opérera du moins dans la stabilité conformément à des règles préétablies. Il sera possible d'espérer une intégration relativement aisée des mesures générales de nécessité dans la hiérarchie des textes, et un règlement satisfaisant des situations individuelles (115). La prévision constitutionnelle de l'état de nécessité permet de neutraliser très largement les dangers d'une réaction excessive contre les mesures de nécessité. Cet avantage de protection contre les abus est d'ailleurs beaucoup plus général.

B. — *La prévision constitutionnelle de l'état de nécessité permet de prendre le maximum de précautions contre les abus.*

C'est peut-être la meilleure réponse à l'objection contre toute prévision constitutionnelle tirée de ce qu'elle aggraverait les dangers pratiques de l'état de nécessité. Cette réponse n'est pas une réponse directe, en ce sens que le risque ne disparaît pas ; mais il est amplement compensé par l'avantage résultant de la possibilité d'entourer l'exercice de l'état de nécessité de certaines garanties susceptibles d'atténuer très efficacement les dangers initiaux.

L'avantage ne fait aucun doute sur le principe. Les bons stratèges disent qu'il vaut toujours mieux affronter le danger que de le sentir rôder autour de soi sans pouvoir le voir et l'apprécier. La politique de l'autruche est une mauvaise politique, et c'est à juste titre que le Professeur G. Morange louait la constitution de 1958 qui paraissait « avoir eu le mérite, sur ce point, de rompre avec une trop longue tradition d'hypocrisie » (116). L'attitude consistant à refuser de voir les choses comme elles sont est non seulement puérile, mais dangereuse pour la démocratie, à qui elle fait en définitive courir plus de risque qu'elle n'en évite (117). La contradiction de l'état de nécessité avec la logique démocratique n'est pas telle qu'on ne puisse assortir la prévision de l'état de nécessité de certaines garanties compatibles avec sa nature, qui limitent l'atteinte portée à la démocratie et surtout en empêchent les conséquences catastrophiques.

---

(114) Puisque la validité des mesures de nécessité est conditionnée par le contrôle ultérieur.

(115) Tout cela suppose, bien entendu, que la consécration constitutionnelle de l'état de nécessité aille au-delà de la simple affirmation de son principe et contienne des éléments de règlementation. C'est possible car cette règlementation ne s'appliquera qu'à l'expiration des pouvoirs de nécessité. Elle ne sera donc pas bouleversée par les circonstances de crise qui auront disparu ou du moins auront commencé à disparaître.

(116) « Le contrôle des décisions prises au titre de l'article 16 », D. 1961, p. 109.

(117) Cf. Konrad Hesse « Ausnahmezunstand und Grundgesetz », article paru dans *Die offentliche Verwaltung*, 1955, p. 744.

L'idée d'exorcisme qu'évoquait M. Duverger à propos de la personnalisation du pouvoir (118) peut être transposée ici. Et l'on ne peut que souscrire à ce qu'écrivait J. Barthélémy :

> « Il est des cas où l'illégalité est inévitable... pourquoi méconnaître ce grand fait ? Il ne faut pas craindre de regarder en face les réalités. On dit qu'avec ces affirmations on ouvre la porte au coup d'Etat : quel est donc le rôle qu'ont joué les théories juridiques au 18 Brumaire ou au 2 décembre ? Ce qu'il y a de plus dangereux, c'est de construire des théories verbales qui sont condamnées à s'effondrer à la première épreuve de la pratique » (119 et 120).

Et l'auteur d'ajouter aussitôt que le recours à l'état de nécessité étant dangereux, il fallait l'assortir de garanties sérieuses. Par quel moyen le faire, si ce n'est par une consécration constitutionnelle de l'état de nécessité ?

L'entreprise qui consiste à entourer l'état de nécessité du maximum de précautions compatibles avec ses impératifs propres et à réduire le plus possible l'écart entre les exigences de la démocratie et celles de l'état de nécessité est ardue dans ses modalités.

> « Comment peut-on assurer, écrivait C.-J. Friedrich (121), une action gouvernementale efficace et vigoureuse et en même temps limiter le pouvoir des organes gouvernementaux afin d'éviter le développement d'un pouvoir concentré de caractère despotique ? D'un point de vue logique, c'est un paradoxe ; mais en pratique, cela a été fait. La tâche requiert toute la sagesse que l'homme peut atteindre. Mais sa récompense est le plus grand bien auquel il puisse aspirer : la Liberté. »

Rien ne pouvait nous encourager davantage à poursuivre notre étude et à rechercher, une fois admis le principe de la réception de l'état de nécessité, les conditions de son exercice en démocratie.

---

(118) *La V^e^ République et le régime présidentiel*, p. 36.

(119) *Notes sur le droit public en temps de guerre*, RDP 1915, p. 575.

(120) On retrouve la même idée dans l'article de G. Flor : « La question du droit d'exception et de la nécessité étatique » dans *Juristiche Rundschau*, 1954, p. 125 et s.

(121) *La démocratie constitutionnelle*, p. 414.

DEUXIEME PARTIE

LES CONDITIONS D'EXERCICE DE L'ETAT DE NECESSITE EN DEMOCRATIE

L'étude des conditions d'exercice de l'état de nécessité est une tâche indispensable. Elle permet de vaincre les dernières réticences envers la réception de l'état de nécessité : un choix judicieux de ces conditions peut achever de convaincre les démocrates de l'avantage de cette réception. Elle en est le complément indispensable : tout principe ne vaut en définitive que par ses modalités d'application. L'un des principaux avantages de la prévision constitutionnelle de l'état de nécessité n'est-il pas, justement, de permettre l'édiction de conditions d'exercice appropriées ? (1)

Mais l'entreprise ne va pas sans quelques difficultés. C'est une œuvre de longue haleine qui ne saurait prétendre au définitif, encore moins à la perfection. Elle rencontre son principal obstacle dans l'incompatibilité de l'état de nécessité avec la logique démocratique, qui se fait sentir jusque sur le plan des moyens.

Le recours à l'état de nécessité ne va certes pas à l'encontre de la démocratie puisqu'il vise à sauver l'Etat démocratique qui a, comme tout autre, le droit et le devoir d'assurer sa propre conservation. Il paraît possible d'atteindre ce but tout en demeurant fondamentalement attaché au principe de la souveraineté populaire, reconnu comme le credo de la philosophie politique de l'Etat. Il suffit de ne pas s'écarter de la règle suivante : limiter les dérogations que le recours à l'état de nécessité apporte inévitablement au principe démocratique à ce qui est strictement indispensable à la sauvegarde de l'Etat.

Mais l'application de cette idée à chacun des problèmes posés par l'exercice de l'état de nécessité s'avère extrêmement difficile. L'antinomie entre les exigences d'efficacité et les exigences de la démocratie s'oppose à toute conciliation véritable. Il faut toujours que les unes ou les autres l'emportent, que l'efficacité contraigne la démocratie à reculer ou que la démocratie sacrifie l'efficacité. L'équilibre serait-il donc impossible à atteindre ?

---

(1) Disons dès maintenant que le résultat de notre recherche est tout aussi valable pour les cas où l'état de nécessité ne serait pas prévu dans les textes : les conditions de l'exercice de l'état de nécessité en démocratie découlent en effet à la fois de la nature de l'état de nécessité et des exigences du principe démocratique.

Il n'en est rien. L'ensemble des conditions d'exercice de l'état de nécessité permet d'assurer cet équilibre entre les impératifs de l'efficacité et ceux de la démocratie, qui ne peut pas exister à propos de chaque condition prise isolément. La solution du problème réside dans une vision dynamique de l'exercice de l'état de nécessité : plus on s'éloigne du début de l'état de nécessité, plus les conditions d'exercice doivent se resserrer et devenir strictes. Les exigences de l'efficacité doivent l'emporter au départ sur celles de la démocratie, pour assurer le salut de l'Etat ; elles doivent ensuite reculer peu à peu devant les exigences de la démocratie, qui émergent progressivement jusqu'à l'expiration de la période de nécessité, et qui doivent alors régner seules.

Ce mouvement général, que l'on pourrait comparer à celui qui anime les deux cabines d'un téléphérique peut être saisi à travers trois stades chronologiques de l'exercice de l'état de nécessité (2).

Dans une première étape, celle de la concentration proprement dite des pouvoirs, les impératifs d'efficacité sont primordiaux. Ils conduisent à un déclenchement autoritaire de l'état de nécessité.

Dans une deuxième étape, celle de l'édiction des mesures de nécessité, les impératifs d'efficacité et les exigences de la démocratie s'imposent avec une force égale, et ont les uns comme les autres leurs conséquences propres. Cela se traduit par une concentration et une utilisation discrétionnaires des pouvoirs de nécessité.

Dans une troisième étape enfin, celle du contrôle, la démocratie doit être intégralement restaurée dans l'Etat. Les impératifs de l'efficacité s'effacent pour permettre un contrôle démocratique de l'état de nécessité.

(2) Bien que le mouvement soit progressif, sans solution de continuité.

Titre I

LE DECLENCHEMENT AUTORITAIRE DE L'ETAT DE NECESSITE

Il peut paraître étrange, à première vue, de considérer le déclenchement de l'état de nécessité comme une phase distincte de l'exercice des pouvoirs de nécessité. La première manifestation du recours à l'état de nécessité consistera bien souvent, étant donnée la confusion provoquée par les troubles qui bouleversent les institutions, dans l'édiction d'une mesure déterminée de nécessité ; cette édiction concrétisera une concentration de pouvoirs qui n'existe que par elle.

L'autonomie des conditions relatives au déclenchement de l'état de nécessité nous est cependant apparue très réelle, suffisamment pour justifier une étude particulière. L'acte qui marque le décenchement de l'état de nécessité n'est pas toujours une mesure particulière de nécessité. On peut très bien concevoir une décision dont le seul objet soit d'établir le déclenchement de l'état de nécessité, quitte à ce qu'elle soit immédiatement suivie de mesures particulières d'application. Cet ordre chronologique peut être respecté sans dommage, car il n'implique aucunement l'écoulement d'un délai entre la première et les secondes ; une quasi-simultanéité est possible (1).

---

(1) Le droit positif offre d'ailleurs quelques exemples de cette succession officielle de deux phases. L'article 81 de la Loi Fondamentale de Bonn (qui constitue seulement une technique de substitution, mais il est parfois possible de transposer les conditions d'exercice de ces techniques à l'état de nécessité...) prévoit une déclaration de l'état de nécessité législative par le Conseil Fédéral, en soit dépourvue d'effets propres excepté précisément celui de permettre à ce même Conseil de donner ensuite, par des décisions particulières, force de loi à des propositions du Gouvernement Fédéral.

En France, le Président de la République a cru devoir prendre en avril 1961 une décision préalable portant mise en application de l'article 16 (*J. O.*, 24 avril 1961, p. 3874), bien que la constitution n'ait rien précisé sur la distinction des deux phases. Aucun retard dans la défense de l'Etat n'en est résulté : les mesures de nécessité les plus vitales ont été signées immédiatement après la décision initiale et publiées en même temps qu'elle (cf. le tableau récapitulatif publié à la RDP 1961, p. 1248, ainsi que le *J. O.* du 24 avril 1961). Le Président de la République a opéré tout naturellement la dissociation, ce qui laisse supposer qu'elle s'imposait en logique.

Il demeure toujours loisible, au surplus, d'isoler par une opération intellectuelle le déclenchement de l'état de nécessité des autres phases de son exercice. C'est une étape détachable, au moins par le raisonnement. L'existence d'un acte décidant la concentration de tous les pouvoirs constitutionnels est logiquement indispensable à la compréhension des actes qui suivent.

Cet acte obéit à des conditions qui lui sont propres. Le déclenchement de l'état de nécessité est entièrement dominé par les impératifs de l'efficacité ; les exigences démocratiques sont présentes, certes, mais elles ne peuvent intervenir que pour guider un choix dont le résultat est indifférent au regard de l'efficacité. Celle-ci imprime au déclenchement de l'état de nécessité un caractère autoritaire : c'est un organe constitutionnel qui décide seul de déclencher l'état de nécessité. Cet aspect autoritaire se traduit négativement par l'absence de limites précises et d'interdictions absolues dans la détermination du titulaire des pouvoirs de nécessité, et positivement dans le fait que ce titulaire apprécie seul les conditions d'entrée en vigueur de l'état de nécessité.

CHAPITRE I

LA DETERMINATION DU TITULAIRE DES POUVOIRS DE NECESSITE

Qui, dans l'Etat, sera le titulaire des pouvoirs de nécessité ? Le heurt des exigences de l'efficacité et des exigences de la démocratie est trop violent sur cette question pour qu'elle puisse recevoir une réponse qui satisfasse les unes et les autres ; les secondes devront céder bien souvent devant les premières.

L'idéal démocratique voudrait qu'un organe soit d'autant plus représentatif que les pouvoirs qui lui sont confiés sont plus importants par leur nature ou leur étendue (1). Il voudrait donc que les pouvoirs de nécessité soient conférés à un organe très représentatif. Mais représentativité et efficacité sont très souvent antinomiques ; et ce sont en réalité les circonstances qui détermineront le titulaire des pouvoirs de nécessité dans bien des cas.

Il n'est pas exclu que ces circonstances permettent l'attribution de ces pouvoirs à un organe très représentatif ; mais il n'est pas davantage impossible qu'elles imposent le choix d'un organe très éloigné du corps électoral. La souplesse demeure ici la règle fondamentale. Il est théoriquement possible d'attribuer les pouvoirs de nécessité à n'importe quel organe.

L'expérience prouve cependant que le titulaire des pouvoirs de nécessité sera le plus souvent un organe exécutif. C'est l'hypothèse la plus pratique ; il faut donc en examiner tout particulièrement les modalités.

---

(1) Cette idée a toujours inspiré les constitutions des Etats démocratiques : les pouvoirs les plus importants sont remis à l'organe le plus représentatif, et les organes les moins représentatifs ont vu leurs pouvoirs se réduire peu à peu au profit des organes les plus représentatifs.

Section I

LA POSSIBILITE THEORIQUE D'ATTRIBUER LES POUVOIRS DE NECESSITE A UN ORGANE QUELCONQUE

La détermination du titulaire des pouvoirs de nécessité doit s'opérer par une série de replis successifs par rapport à l'idée de représentativité, pour répondre au principe général déjà énoncé que les dérogations aux exigences démocratiques doivent demeurer limitées à ce qui est strictement indispensable au salut de l'Etat (2).

L'organe le plus représentatif dans les institutions de l'Etat démocratique se trouve être le Parlement (3). Les assemblées parlementaires sont en effet issues directement — l'une d'entre elles au moins — du suffrage universel, et le nombre relativement élevé de leurs membres garantit en leur sein l'expression des principales tendances de l'opinion. C'est donc vers elles que l'on doit tout d'abord songer à se tourner.

Mais les circonstances peuvent contraindre à remettre les pouvoirs de nécessité à un organe plus efficace ; l'attribution de ces pouvoirs se fera alors tout naturellement à un organe exécutif qui, en démocratie, dispose encore d'une certaine représentativité.

Un bouleversement complet des institutions pourra cependant empêcher même l'exécutif de concentrer spontanément tous les pouvoirs constitutionnels ; il ne faudra pas alors reculer devant l'hypothèse, vraiment extrême, d'une attribution des pouvoirs de nécessité à un organe qui soit un simple pouvoir de fait.

§ 1. — *L'attribution des pouvoirs de nécessité à un organe de type législatif.*

Il ne faut pas écarter l'hypothèse d'une attribution des pouvoirs de nécessité à un organe de type législatif sous prétexte que l'efficacité ne saurait s'en satisfaire. Cette attribution sera suffisante dans certains cas pour assurer la sauvegarde de l'Etat démocratique ; mieux, elle sera parfois la plus efficace. Mais il ne faut pas se montrer trop rigoureux : l'efficacité pourra quelquefois impliquer certaines modalités d'attribution de nature à porter atteinte au caractère relativement

---

(2) Bien entendu, ces replis successifs ne sont qu'une image, en ce sens que la détermination du titulaire des pouvoirs de nécessité dans chaque cas particulier se fera directement au vu des circonstances, et non pas après une série réelle d'essais infructeux pendant lesquels l'Etat aurait eu cent fois le temps de périr !

(3) Après le corps électoral, dont l'intervention est exclue à partir du moment où le recours à l'état de nécessité s'impose.

démocratique de la détermination d'une assemblée parlementaire comme titulaire des pouvoirs de nécessité.

A) *Les facteurs qui tendent à l'attribution des pouvoirs de nécessité à un organe de type législatif.*

La forte représentativité des assemblées parlementaires peut conduire à leur attribuer les pouvoirs de nécessité lorsque survient une crise de faible gravité ou d'évolution lente dans un Etat extrêmement démocratique. Le caractère très démocratique de l'Etat et une certaine efficacité des décisions parlementaires sont à l'origine de cette situation.

1. — La concentration spontanée des pouvoirs pour assurer la sauvegarde de l'Etat sera l'œuvre des assemblées parlementaires dans les pays de constitution rigide ou de démocratie semi-directe, tous éléments qui constituent des facteurs de démocratie. Elle pourra suffire à conjurer la menace dirigée contre l'Etat si cette menace n'est ni trop soudaine, ni trop forte.

Nous avons déjà examiné l'incidence de la rigidité de la constitution ou de l'existence d'institutions de démocratie semi-directe sur le recours à l'état de nécessité. Nous n'y reviendrons donc pas, sauf pour préciser que, dans ces hypothèses, c'est une assemblée législative qui est tout naturellement appelée la première à être titulaire des pouvoirs de nécessité. Dans le premier cas, c'est elle qui suspend les dispositions constitutionnelles, au mépris de la procédure prévue par les textes, pour prendre elle-même les mesures de nécessité ou pour déléguer cette compétence à l'exécutif. Dans le second cas, c'est elle qui décide de suppléer le peuple dans la part de l'exercice de la fonction législative qui lui revient normalement : la Convention en 1793 (4), l'Assemblée Fédérale Suisse en 1914 et 1939 ont été ainsi titulaires des pouvoirs de nécessité. La procédure parlementaire est suffisamment rapide par rapport aux délais qu'exige une révision constitutionnelle ou une consultation populaire pour que les mesures indispensables en cas de crise moyenne soient édictées en temps utile.

2. — Il peut être bon d'ailleurs, même en démocratie purement représentative, de rechercher dans les assemblées parlementaires la source d'un pouvoir politique et constitutionnel étendu. Cela est non seulement conforme aux exigences démocratiques, mais encore également favorable à l'efficacité : l'autorité des mesures prises en vertu d'une concentration des pouvoirs œuvre d'une assemblée est souvent supérieure à celle de décisions émanant d'autres organes, parce que les citoyens se soumettent plus volontiers à des sujétions imposées

(4) La Convention n'était pas à proprement parler l'organe législatif de la constitution de 1793 : c'était le Corps Législatif qui ne fut jamais élu. Mais elle joua ce rôle après l'adoption de la constitution par referendum.

par un organe très représentatif qui leur paraît offrir plus de garanties.

La meilleure preuve en est que les organes exécutifs commencent le plus généralement par se tourner vers les assemblées parlementaires pour solliciter de leur part l'attribution des pleins pouvoirs lorsque l'Etat se trouve en présence d'un péril imminent. C'est seulement au cas où ils ne peuvent pas demander (5) ou obtenir (6) ces pleins pouvoirs qu'ils agissent seuls sans délégation. Les préoccupations démocratiques ne sont sans doute pas les seules à expliquer cette attitude : les hommes politiques sont bien davantage sensibles à des impératifs d'efficacité !

Le rôle des organes législatifs en période de nécessité n'est donc pas négligeable ; ce sont les circonstances de crise elles-mêmes qui peuvent réclamer l'attribution des pouvoirs de nécessité aux assemblées. Mais ce ne sera pas toujours dans le respect total de leur représentativité.

B) *Les aménagements imposés par les circonstances à l'organe législatif titulaire des pouvoirs de nécessité.*

Les impératifs d'efficacité peuvent imposer certaines modifications temporaires à la structure des assemblées parlementaires, de nature à porter une atteinte assez grave à leur représentativité.

1. Des événements de force majeure, les mêmes précisément qui menacent l'existence de l'Etat et des institutions, peuvent réduire plus ou moins le nombre des membres des assemblées. Si la crise éclate pendant que l'assemblée est en session, il est fort peu probable qu'une partie seulement des parlementaires soit empêchée de siéger : ou bien l'assemblée peut encore se réunir en entier, ou bien elle en est totalement empêchée (7). Mais si la crise survient pendant que l'assemblée n'est pas en session, le Parlement convoqué en session extraordinaire pourra se trouver amputé d'une partie de ses membres : il en ira ainsi notamment au cas où des parlementaires se trouveraient dans l'impossibilité de quitter une portion du territoire soustraite à l'autorité des organes constitutionnels par suite d'une invasion étrangère ou d'une rebellion localisée (8).

---

(5) Cas de la Belgique en 1914.

(6) Cas de la France pendant la première guerre mondiale.

(7) Certaines dispositions de la législation militaire peuvent cependant amputer une assemblée de certains de ses membres en cas de guerre. En France, par exemple, les députés appartenant à la disponibilité ou à la première réserve suivent les obligations de leur classe d'âge en temps de mobilisation, d'agression, de tension manifeste ou dans les cas prévus par la Charte des Nations-Unies. On peut douter que l'apport militaire de quelques dix ou vingt députés soit un avantage qui compense leur absence du Parlement à une heure critique ! (Cf. M. Duverger : *Droit constitutionnel et institutions politiques*, 1962, coll. Thémis, p. 515).

(8) Une telle situation sera d'autant plus susceptible de se réaliser que les menaces les plus sérieuses contre les institutions sont en général dirigées contre

L'abstention volontaire de certains parlementaires est également possible ; les mobiles peuvent en être extrêmement divergents, depuis l'intention délibérée de provoquer l'effondrement de l'Etat démocratique jusqu'à la volonté de ne pas s'associer à une entreprise de destruction de la démocratie tentée par quelques hommes au pouvoir. Il en résultera de toute façon une atteinte d'autant plus grave à la représentativité de l'assemblée que les abstentionnistes volontaires appartiendront en général à la même tendance politique. L'attribution des pouvoirs de nécessité à un organe exécutif qui a été investi antérieurement par la majorité du peuple ou du Parlement encore intact serait même préférable du point de vue démocratique. Mais l'efficacité peut conduire à lui préférer ce qui reste d'assemblée parlementaire.

2. —La représentativité de l'organe législatif peut également se trouver diminuée sous la pression des circonstances du fait d'une prolongation inopinée du mandat parlementaire, dans l'hypothèse où l'état de nécessité doit durer un certain temps, au-delà de l'expiration des pouvoirs parlementaires. Le Parlement est alors contraint de continuer à exercer les pouvoirs de crise tant que des élections ne peuvent pas être organisées (9).

Plusieurs démocraties populaires se sont montrées réalistes en prévoyant dans les textes constitutionnels la possibilité pour l'assemblée de proroger non seulement sa session, mais encore son mandat si la nécessité l'exige (10). L'article 51 de la constitution roumaine dispose ainsi que :

> « En cas de guerre ou d'autres circonstances exceptionnelles, la grande Assemblée Nationale de la République Populaire Roumaine peut prolonger elle-même son mandat pour le temps où durera cet état de choses exceptionnel ».

Les constitutions des Républiques Populaires d'Albanie, de Bulgarie et de Hongrie renferment des dispositions analogues (11).

Ces dispositions n'ont jamais eu à jouer effectivement, le pro-

---

le siège des pouvoirs publics et que ceux-ci sont alors obligés de se transporter à la hâte dans un endroit parfois fort éloigné ou totalement imprévisible (Cf. le Gouvernement de « Bordeaux » en 1870 ou de « Vichy » en 1940).

(9) Un cas aussi favorable que celui de la Suisse, qui a pu renouveler intégralement le Conseil National en 1939 et en 1943 est exceptionnel.

(10) C'est la seule trace d'une préoccupation relative à l'état de nécessité dans les constitutions des Etats marxistes. La structure pyramidale des pouvoirs explique que cette trace joue en faveur des assemblées parlementaires.

(11) Art. 50 de la constitution albanaise du 15 mars 1948, art. 30 de la constitution bulgare du 4 décembre 1947, art. 18 de la constitution hongroise du 18 août 1949 (qui prévoit cependant que la décision de prolongation sera adoptée « pour un laps de temps déterminé »). L'art. 70 de la constitution yougoslave du 31 janvier 1946 était rédigé de la même façon.

La constitution roumaine et la constitution bulgare précisent en outre que cette disposition peut jouer même au cas où l'assemblée aurait été dissoute et se serait néanmoins réunie en session extraordinaire.

blème de l'état de nécessité ne se posant pratiquement pas dans les démocraties marxistes (12). Mais on peut aisément voir comment la situation qu'elles envisagent pourrait être transposée dans les démocraties occidentales, étant donnée surtout la propension naturelle des parlementaires à vouloir pérenniser leur mandat.

3. — Ceci amène une remarque critique concernant l'attribution des pouvoirs de nécessité à un organe de type législatif. Les aménagements que les circonstances peuvent imposer à la structure de cet organe sont déjà de nature à tempérer ce que le choix d'un tel organe comme titulaire des pouvoirs de nécessité pouvait avoir de démocratique. Il s'y ajoute le fait que le contrôle de l'état de nécessité sera rendu plus difficile et plus tardif si les pouvoirs de nécessité sont attribués au Parlement.

Le contrôle de l'état de nécessité ne saurait appartenir en effet qu'à un organe plus représentatif que celui qui a déclenché l'état de nécessité, ici obligatoirement le peuple. Or ce contrôle populaire, indispensable, est insuffisant parce que global et éloigné dans le temps. L'inconvénient sera d'autant plus sensible que les parlementaires ont une tendance permanente à se considérer comme souverains.

Il résulte en définitive de toutes ces remarques essentiellement l'idée que l'attribution des pouvoirs de nécessité à un organe de type législatif, en principe plus près des exigences démocratiques que l'attribution à tout autre organe, n'a cependant qu'une valeur relative. Il serait vain de vouloir opposer les exigences démocratiques aux exigences d'efficacité à partir du moment où les assemblées ne sont plus les mieux placées pour assurer la sauvegarde de l'Etat. Les considérations d'efficacité sont au fond celles qui justifient de façon primordiale l'attribution des pouvoirs de nécessité à un organe législatif. Et cette justification n'est pas très fréquente. Le titulaire des pouvoirs de nécessité sera un organe exécutif dans la majorité des cas.

§ 2. — *L'attribution des pouvoirs de nécessité à un organe de type exécutif.*

L'attribution des pouvoirs de nécessité à un organe de type exécutif sera — de très loin — l'hypothèse la plus courante. Les ouvrages de droit constitutionnel général n'envisagent que la concentration spontanée des pouvoirs par l'exécutif ; les études spécialisées consacrent également la presque totalité de leurs développements à cette situation.

L'organe de type exécutif occupe en effet une position privilégiée parmi les organes constitutionnels susceptibles de pouvoir prendre efficacement les mesures indispensables à la sauvegarde de l'Etat. C'est le titulaire normal des pouvoirs de nécessité. Sa structure et sa com-

(12) Ci-dessus, p. 54.

pétence lui donnent une nette supériorité. La pratique corrobore parfaitement sur ce point les données de la réflexion théorique.

A. — *Les raisons de l'attribution des pouvoirs de nécessité à un organe exécutif.*

La vocation presque naturelle de l'exécutif à être titulaire des pouvoirs de nécessité provient de ce que sa composition et sa situation constitutionnelle le font bénéficier de trois avantages essentiels : la permanence, l'homogénéité, l'orientation habituelle vers des tâches analogues à une mission de salut public.

1. — Le caractère permanent de l'organe exécutif lui permet de suivre au jour le jour l'activiié politique du pays, de la diriger et de l'orienter en fonction des événements. Ses membres sont entièrement consacrés à la conduite des affaires publiques, et en général parfaitement informés de ce qui a trait à leur activité propre et à celle de leurs collègues qui peut avoir des répercussions sur l'ensemble. L'exécutif peut ainsi percevoir à tous moments la moindre cause de danger et en mesurer l'intensité, mieux que tout autre organe. Des menaces à l'état latent lui seront signalées avant même d'apparaître au grand jour. Il ne pourra pas toujours les enrayer par des mesures préventives de sa compétence, et leur éclatement pourra rendre indispensable le recours à l'état de nécessité. Mais l'exécutif aura toujours l'avantage de les avoir suivies dès l'origine ce qui lui permettra d'y apporter des remèdes mieux appropriés.

Un organe de type législatif ne bénéficie pas d'une telle permanence. Certaines constitutions (13) adoptent sans doute le système dit de permanence des assemblées. Il semble même que ce système soit le plus conforme à l'idéal démocratique, en particulier lorsqu'il s'incarne dans le régime parlementaire. Mais l'expression ne doit pas faire illusion. La soi-disant permanence des assemblées n'est permanence que par comparaison avec le système des sessions en vigueur sous la monarchie constitutionnelle ; elle est discontinuité par rapport à la situation de l'exécutif. Les intercessions subsistent, en dépit du fait que l'assemblée soit maître d'en décider autrement : les parlementaires ont naturellement besoin de garder le contact avec leurs électeurs et leur circonscription. Ils risquent alors de s'éloigner un peu de la réalité politique quotidienne.

2. — L'exécutif bénéficie également, du fait de sa composition restreinte, d'une relative homogénéité (14). Elle peut exister au départ grâce à une unité de direction ou grâce à une identité d'appartenance

(13) La constitution française de 1946, par exemple.
(14) Cf. Hauriou : *Précis de droit constitutionnel*, 2e éd., p. 27.

politique. Elle peut se faire assez rapidement : au cas où elle ne serait pas réalisée au départ, l'exposé des vues de chacun et la bonne compréhension de ces vues par les autres sont facilités par le petit nombre des partenaires. Les décisions qui sont impliquées par le salut de l'Etat pourront ainsi être prises très rapidement. La fermeté de leur contenu, obtenue grâce à un accord total entre leurs auteurs qui évite amendements et réserves, accroît leur efficacité.

Il n'en va pas de même dans une assemblée parlementaire, même au cas où la procédure d'urgence a été déclarée. Le texte initial est bien souvent retouché ; et s'il ne l'est pas, il a fallu consacrer un temps précieux à rejeter les retouches proposées. Les mesures interviendront trop tardivement, ou seront inadaptées à la situation. Une attitude critique est naturelle de la part d'assemblées parlementaires, car elle est inhérente à l'exercice de la fonction législative. Mais précisément la tâche impartie au titulaire des pouvoirs de nécessité n'est pas une tâche législative par nature, même si elle comporte l'édiction de certaines règles générales et impersonnelles. C'est une mission de salut public qui a beaucoup plus d'affinités avec la fonction remplie par un organe exécutif dans l'Etat démocratique.

3. — L'organe exécutif est en effet mieux préparé à exercer les pouvoirs de nécessité que n'importe quel autre organe, de par la nature de ses fonctions habituelles. Plus personne ne pense aujourd'hui comme Rousseau que le Gouvernement doit se cantonner dans une fonction subalterne d'exécution. Dans l'Etat moderne, la direction de la politique appartient à l'exécutif qui dispose d'un large pouvoir d'initiative et d'un pouvoir non moins large d'aménagement dans l'exécution proprement dite (15). Le Gouvernement est habitué à concevoir une politique d'ensemble, à la faire entrer en vigueur, à en surveiller l'application quotidienne et à l'imposer au besoin par la force ; il n'aura qu'à transposer cette habitude à l'élaboration, l'édiction et la mise en œuvre des mesures de nécessité.

Un Etat qui connaît une crise grave redevient très proche d'un Etat de type primitif, où la division du travail politique n'apparaît pas encore et où l'essentiel du pouvoir est de nature exécutive. L'exécutif est le pouvoir à la fois moteur et originaire dans l'Etat. Hauriou a tiré de cette idée la légitimation du recours à l'état de nécessité (16), qu'il conçoit exclusivement au profit d'un organe exécutif (17). Le

---

(15) L'article 20 de la constitution française de 1958 (« le Gouvernement détermine et conduit la politique de la Nation ») définit exactement (abstraction faite de son application effective...) l'essence de la fonction exécutive qui mériterait de s'appeler plutôt fonction gouvernementale.

(16) *Précis de droit constitutionnel*, 2ª éd., pp. 27, 348 et surtout 383-387.

(17) Il condamnait notamment en vertu de cette idée l'application de la loi Tréveneuc comme type d'état de nécessité : « La loi Tréveneuc est conçue dans l'esprit conventionnel ; ce qui lui paraît le plus pressant, dans un cas de désorganisation des pouvoirs publics, c'est de réorganiser une assemblée ; cette conception est périmée... Si l'on voulait faire aujourd'hui une loi consti-

fait que les tâches de nature exécutive soient prioritaires en période de crise justifie l'attribution des pouvoirs de nécessité à un organe exécutif, au nom même de l'efficacité.

B. — *La pratique de l'attribution des pouvoirs de nécessité à un organe exécutif.*

L'exécutif a été très généralement titulaire des pouvoirs de nécessité. Deux séries de faits viennent appuyer l'idée que ce choix provient de sa vocation naturelle à cette fonction.

1. — L'expérience montre d'abord que les organes législatifs s'empressent toujours en cas de crise d'accorder les pleins pouvoirs à un organe exécutif. C'est une technique de substitution, mais c'est aussi une preuve de la supériorité des organes exécutifs lorsqu'une crise, ou tout au moins une perturbation exigeant une riposte d'une certaine urgence et d'une certaine fermeté, affecte l'Etat, les institutions ou la communauté nationale.

Ce transfert des pleins pouvoirs d'un organe législatif à un organe exécutif s'est réalisé dans les hypothèses d'état de nécessité lorsque le titulaire des pouvoirs de nécessité était une assemblée. Les organes législatifs qui ont été amenés à concentrer l'ensemble des pouvoirs constitutionnels entre leurs mains se sont empressés de le déléguer à un organe de type exécutif. La concentration n'a même été opérée qu'en vue de cette délégation ultérieure, et l'acte qui marque la concentration s'identifie bien souvent au vote de la loi de pleins pouvoirs.

Une telle délégation a eu lieu en Suisse. Les deux arrêtés de l'Assemblée Fédérale du 3 août 1914 et du 30 août 1939, soustraits au referendum et fondés sur l'état de nécessité, avaient exclusivement pour objet d'octroyer les pleins pouvoirs au Conseil Fédéral, organe exécutif. Les mesures de nécessité qui suivirent, y compris les modifications apportées à des textes en des domaines où le referendum était possible, furent l'œuvre du Conseil Fédéral ; l'Assemblée ne se réserva qu'un pouvoir de contrôle. Le Conseil Fédéral remplaça pratiquement l'Assemblée dans l'exercice des prérogatives qu'elle s'était autoritairement octroyée.

L'exemple français de 1793 est encore plus net. Le besoin se fit très vite sentir, après le Décret du 10 octobre 1793 suspendant l'application de la constitution, d'un pouvoir de décision confié à un organisme plus restreint, donc plus homogène et plus efficace. Ç'aurait pu être le Conseil exécutif provisoire ; l'affaiblissement de son autorité, commencée depuis longtemps, ne le rendait guère souhaitable. Ce

---

tutionnelle sur la question de la suppléance des pouvoirs publics, on veillerait d'abord à la suppléance de l'exécutif ». Ibidem. p. 339 en note. Ce n'est pas la position de J. Lamarque, qui voit dans la loi Tréveneuc un précédent de l'article 16, à tort pensons-nous (*R.D.P.* 1961, p. 601).

furent les Comités de la Convention, qui jouaient le rôle effectif, et plus précisément celui d'entre eux dont la position était prééminente : le Comité de Salut Public. Il n'était pas juridiquement distinct de la Convention, dont il n'était qu'une émanation ; mais en fait ce furent quelques hommes, agissant avec une large autonomie, qui prirent les mesures de nécessité. A la limite, ce fut Robespierre seul. La Convention n'eut plus qu'à ratifier.

Les circonstances ont acculé les révolutionnaires à adopter un système qui était en contradiction flagrante avec l'esprit conventionnel. L'expérience a ainsi prouvé que les pouvoirs de nécessité devaient être presque toujours attribués à un organe gouvernemental, ou à défaut, à un organe dont la nature politique réelle était gouvernementale.

2. — Le droit écrit s'est d'ailleurs tout de suite orienté en ce sens. Les textes constitutionnels reconnaissent à l'unanimité l'aptitude naturelle de l'exécutif en période de crise.

Les techniques de substitution prévoient déjà une participation très large, essentielle de l'exécutif (18). Il jouit en général d'un monopole pour l'initiative de la mise en application de ces techniques et pour celle de l'édiction des mesures de nécessité. Il dispose souvent de moyens de pression très énergiques sur les organes qui sont appelés à collaborer avec lui dans ces différentes tâches.

Les textes qui consacrent l'état de nécessité proprement dit désignent également tous un organe exécutif comme titulaire des pouvoirs de nécessité. La Charte de 1814 (19), les constitutions des anciennes monarchies de l'Empire allemand confiaient ces pouvoirs au monarque ; la constitution de Weimar et la constitution française de 1958 au Président de la République ; la constitution italienne au Gouvernement... Il est vraiment impensable qu'une constitutionnalisation de l'état de nécessité détermine un titulaire des pouvoirs de nécessité autre qu'un organe exécutif.

Cela ne veut pas dire que ce titulaire sera toujours un organe exécutif. La préférence qui lui est accordée se fonde sur une présomption de concordance entre l'attribution des pouvoirs de nécessité à un tel organe et les exigences de l'efficacité en cas de crise. Les événements peuvent déjouer cette prévision et entraîner l'attribution des pouvoirs de nécessité à un véritable pouvoir de fait.

§ 3. — *L'attribution des pouvoirs de nécessité à un pouvoir de fait.*

L'attribution des pouvoirs de nécessité à un pouvoir de fait apparaît extrêmement choquante du point de vue des exigences démocratiques. Le pouvoir de fait c'est en effet, au sens où nous l'entendons,

---

(18) La différence de nature entre les techniques de substitution et l'état de nécessité n'empêche pas la transposition de certaines conditions d'exercice.

(19) Dans la mesure où on admet que son article 14 prévoyait l'état de nécessité.

un homme ou un groupe d'hommes qui n'a habituellement aucune part à l'exercice du pouvoir politique. Cette situation s'accompagne généralement de l'absence de toute investiture à base élective. Le peuple n'a jamais eu à choisir cet homme (ou ces hommes), ni pour jouer le rôle que l'état de nécessité lui fait jouer, ni pour jouer un autre rôle politique, comme c'était encore le cas pour un organe constitutionnel. Il faut quitter le terrain de la théorie démocratique pour celui des doctrines totalitaires si l'on veut trouver d'autres exemples de gouvernants parlant ainsi au nom de l'Etat sans être à aucun degré investi par le peuple.

Les impératifs d'efficacité qui l'emportent sur les exigences démocratiques dans le déclenchement de l'état de nécessité peuvent-ils contraindre à aller aussi loin dans la détermination du titulaire des pouvoirs de nécessité ? Nous croyons pouvoir répondre par l'affirmative ; les faits nous y inclinent dans l'intérêt même de l'Etat démocratique. A quoi servirait-il de se montrer intransigeant au nom d'un idéal démocratique que les circonstances rendent provisoirement inaccessible si cela devait conduire finalement à la ruine de la démocratie et de l'Etat où elle se réalise ? Le principe même d'une réception de l'état de nécessité dont nous avons vu le caractère inéluctable conduit à rejeter une solution qui aboutirait à un résultat aussi absurde ; il faut se résigner à ce que l'organe de nécessité soit un pouvoir de fait dans les cas extrêmes (20).

Il est bien évident qu'une telle hypothèse ne saurait être prévue dans la constitution. Nous nous devions de l'envisager parce qu'il peut y avoir recours à l'état de nécessité en l'absence de tout texte constitutionnel l'autorisant ou même en violation d'un tel texte si son application intégrale risque de ne pas permettre la sauvegarde de l'Etat. Mais il ne saurait être question d'étudier en détail la détermination d'un titulaire des pouvoirs de nécessité par hypothèse inconnu avant que les circonstances ne le révèlent.

Nous voudrions cependant ajouter deux remarques relatives aux conditions de l'attribution des pouvoirs de nécessité à un pouvoir de fait, qui seront de nature à diminuer les craintes suscitées par une telle éventualité. Le caractère autoritaire de cette attribution n'exclut pas l'existence de certaines garanties démocratiques d'ordre *politique*, qui vont souvent jusqu'à conditionner l'efficacité du recours à l'état de nécessité.

1. — Il arrivera tout d'abord très fréquemment que l'autorité qui concentre les pouvoirs pour raison de nécessité ne soit pas dépour-

---

(20) L'attribution des pouvoirs de nécessité à un pouvoir de fait ne contredit pas la définition de l'état de nécessité. Celle-ci contient certes la mention d'une concentration de pouvoirs intervenant au profit d'un *organe*, sur sa seule décision, mais un pouvoir de fait qui a recours à l'état de nécessité acquiert par le fait même la qualité d'organe puisqu'il agit au nom de l'Etat.

vue de tout lien avec l'Etat. Ce lien pourra jouer le rôle de substitut d'un lien direct avec le peuple qui résulterait d'un mandat électif.

Le pouvoir de fait qui a recours à l'état de nécessité sera presque toujours un agent de l'Etat, déjà investi de certaines responsabilités dans la marche des affaires publiques. Ce sera un haut fonctionnaire, appartenant en général à une administration chargée d'un service public dans le domaine où la crise a pris naissance (21). La complexité de la conduite d'un Etat moderne, encore accentuée en cas de crise grave, rend à peu près impensable qu'un simple particulier dispose d'une compétence, d'une autorité et d'une rapidité d'intervention suffisantes pour assurer efficacement la défense de l'Etat (22).

Un tel pouvoir de fait n'est pas sans rapport avec l'ordre démocratique. Il ne bénéficie pas d'une investiture élective, mais il a été nommé par des organes constitutionnels qui, eux, en bénéficaient (23) et auxquels il a été soumis. La souveraineté populaire est ainsi, en dernier ressort, la base de sa compétence, et on peut espérer de sa part un certain loyalisme envers les institutions démocratiques.

2. — L'action du titulaire des pouvoirs de nécessité ne saurait ensuite réussir à sauver l'Etat démocratique si elle ne bénéficie pas du soutien populaire. Une politique que le peuple désapprouve ou s'abstient seulement d'approuver est vouée à l'échec, même si la position de son promoteur paraît solide dans l'immédiat. Le titulaire des pouvoirs de nécessité a besoin d'obtenir une obéissance immédiate de tout l'appareil étatique ; elle ne lui sera accordée que si les agents d'exécution sentent qu'il bénéficie d'un minimum de confiance popu-

---

(21) Ainsi un chef militaire en cas de guerre, un haut fonctionnaire du ministère de l'Intérieur en cas d'agitation intérieure de nature politique... Un fonctionnaire local, un préfet par exemple, pourra même être amené progressivement à concentrer entre ses mains tous les pouvoirs, notamment lorsque la crise née dans sa circonscription se sera peu à peu répandue dans tout le pays, alors que, parallèlement, il développera les moyens nécessaires pour y faire face.

(22) Il n'en ira autrement que dans le cas d'un homme politique que les vicissitudes électorales ont écarté du pouvoir et qui tire de ses expériences passées ainsi que de ses relations avec les milieux politiques du moment une aptitude à assumer une mission de salut public au moins égale à celle de certains agents de l'Etat. En ce cas la garantie démocratique de fait que nous évoquons ne joue pas, au contraire : cet homme écarté du pouvoir peut être présumé ne pas jouir de la confiance populaire qu'il a antérieurement perdue.

(23) Un exemple typique à cet égard est celui du « Conseil d'administration » institué par la Cour Suprême de Norvège le 15 avril 1940 et chargé de gérer, sous contrôle allemand, l'administration civile en Norvège. Cet organe (qui n'est pas à proprement parler titulaire de pouvoirs de nécessité puisqu'il ne s'est pas investi lui-même et ne jouit pas de l'autonomie de ses pouvoirs) était rattaché à l'ordre juridique démocratique de Norvège par l'intermédiaire de la Cour Suprême, analogue à la Cour de Cassation française.

Cf. F. Castberg « Le droit de nécessité en droit constitutionnel ». Mélanges Gidel, pp. 112-113.

laire (24). Le pouvoir de fait dépourvu de cette confiance se trouverait devant des difficultés de plus en plus considérables provenant de la résistance organisée du peuple contre l'oppression, ou ce qu'il croit être un commencement d'oppression.

La réaction populaire ne pourra certes se développer que postérieurement au déclenchement : le titulaire des pouvoirs de nécessité s'investira sans que l'on puisse savoir si l'opinion l'approuve, étant donnée la nécessité d'une riposte énergique et prompte. Mais la perspective d'une réaction populaire pourra suffire à empêcher toute tentative de concentration des pouvoirs dans un but autre que la sauvegarde de l'Etat. Le pouvoir de fait qui sait devoir se heurter à des résistances impossible à briser ne voudra pas courir le risque d'un échec à peu près certain ; il renoncera à agir contre le gré de la majorité s'il sait que la confiance populaire ne lui est pas acquise, ou n'est pas sur le point de l'être.

Le peuple exercera d'autant mieux ce rôle de frein que l'Etat sera plus anciennment et plus profondément démocratique. L'attribution des pouvoirs de nécessité à un pouvoir de fait comporte ainsi des risques de moins en moins grands pour la démocratie au fur et à mesure que l'Etat s'approche de l'idéal démocratique. C'est une sorte de contre-partie au fait que le caractère inéluctable du recours à l'état de nécessité soit lié au caractère démocratique de l'Etat. Cela montre en tout cas que le déclenchement de l'Etat de nécessité peut être très autoritaire sans que la démocratie se renie pour autant.

Il s'agit, de toute façon, d'une hypothèse extrême. Les exigences démocratiques seront un peu moins sacrifiées dans ce que nous avons dit être le droit commun de l'attribution des pouvoirs de nécessité : celle qui est au pofit d'un organe exécutif. Il faut en rechercher les modalités les plus efficaces, afin justement d'éviter de devoir aller au-delà.

---

(24) La mobilisation de l'opinion publique en période de crise a toujours été ressentie comme une nécessité par les gouvernants. M. Debré s'est tourné vers le peuple en avril 1961 lorsque le débarquement des parachutistes d'Alger contre la capitale a paru imminent au Gouvernement (Cf. le message radiodiffusé du 23 avril 1961). C'est également au civisme du peuple anglais que Churchill a dû en grande partie de pouvoir, en 1940, continuer la lutte après l'effondrement de l'Europe. Certaines illégalités ont été commises sans compromettre l'œuvre entreprise parce que le peuple en a senti la nécessité et que l'exécution des décisions illégales ne s'est heurtée à aucune résistance.

Section II

LES MODALITES D'ATTRIBUTION DES POUVOIRS DE NECESSITE A UN ORGANE EXECUTIF

L'attribution des pouvoirs de nécessité à un organe exécutif implique un choix entre des modalités plus variées que l'attribution à un organe de type législatif (25). L'exécutif est un organe complexe : sa structure varie sensiblement d'un Etat à l'autre, et il existe souvent au sein d'un même exécutif une certaine répartition des tâches, voire une certaine séparation des pouvoirs. Le problème se pose donc de savoir si la structure normale de l'exécutif doit être maintenue en temps de crise ou si l'efficacité n'impose pas de lui apporter quelques aménagements.

Une première question se pose dans tous les Etats : faut-il confier les pouvoirs de nécessité à un seul homme ou à un groupe d'hommes ? Autrement dit, l'exécutif titulaire des pouvoirs de nécessité doit-il revêtir de préférence une forme monocratique ou une forme collégiale ?

Un second problème doit être résolu dans les Etats qui ont adopté le régime parlementaire (en fait la majorité des Etats démocratiques). Ce régime se caractérise par un dualisme de l'exécutif, chef de l'Etat d'une part, organe gouvernemental d'autre part. Une option est donc ouverte, qui obéit à des conditions particulières.

§ I. — *Le choix entre un exécutif monocratique et un exécutif collégial* (26).

---

(25) La principale modalité qui puisse affecter l'attribution des pouvoirs de nécessité à un organe législatif se rencontre en régime bicaméral. On peut hésiter sur le point de savoir si le titulaire des pouvoirs de nécessité doit être une seule assemblée (et en ce cas laquelle) ou les deux. En règle générale, et sous réserve des dérogations imposées par les circonstances, les deux asemblées seront co-titulaires des pouvoirs de nécessité si la constitution leur reconnaît en temps normal des pouvoirs égaux (Suisse). La Chambre basse détiendra seule les pouvoirs de nécessité si elle jouit habituellement d'une prééminence juridique et politique. Seule la République Fédérale allemande paraissait s'orienter dans une autre direction avec la technique de substitution prévue à l'article 81 de la Loi Fondamentale. L'actuel projet de loi sur l'état de nécessité revient à une conception plus classique en ne mentionnant que la Diète.

(26) La distinction entre un exécutif monocratique et un exécutif collégial est la suivante : il y a exécutif monocratique si c'est un seul homme qui dispose du pouvoir de décision en dernier ressort, en choisissant librement ses collaborateurs, en réformant leurs décisions comme il l'entend et en pouvant au besoin les révoquer ; il y a exécutif collégial si le pouvoir suprême au sein de la fonction exécutive appartient à un groupe d'hommes qui exerce sur ceux auxquels il délègue une partie de sa compétence le pouvoir que l'exécutif monocratique exerce sur ses collaborateurs.

Les mesures qui permettent de faire face à une menace grave dirigée contre l'Etat et les institutions pourront-elles être prises par un homme seul, disposant du droit de passer outre à l'opposition de ses collaborateurs, ou bien ne devront-elles être adoptées que par la majorité d'un exécutif collégial ? L'efficacité qui oblige à conférer un caractère autoritaire au déclenchement de l'état de nécessité semble exiger, à première vue, l'attribution des pouvoirs de nécessité à un exécutif monocratique, alors que la démocratie tendrait plutôt à préférer un exécutif collégial.

La réalité n'est pas aussi simpliste, les exigences de l'efficacité et de la démocratie se combinent de façon plus subtile. Les unes et les autres sont généralement en faveur du maintien de la structure constitutionnelle de l'exécutif. Il sera parfois nécessaire, cependant, de modifier cette structure en fonction des mérites propres de l'exécutif monocratique et de l'exécutif collégial du point de vue de l'état de nécessité.

A. — *Le choix est commandé en principe par la structure constitutionnelle.*

Il est impossible d'énoncer comme règle applicable dans toutes les hypothèses de nécessité que le titulaire des pleins pouvoirs doit être un exécutif monocratique ou doit être un exécutif collégial. Mais on peut très certainement poser en principe que la structure constitutionnelle de l'exécutif doit être maintenue, donc que les pouvoirs de nécessité doivent être attribués à un seul homme si la constitution organise normalement un exécutif monocratique, à un collège si la constitution confie solidairement à un groupe d'hommes l'exercice habituel de la fonction exécutive.

L'attribution des pouvoirs de nécessité à l'exécutif habituellement en fonction facilite la prévision constitutionnelle de l'état de nécessité. Les textes qui ont consacré l'état de nécessité et les Etats qui y ont recouru en l'absence de tout texte ont en général adopté tout naturellement cette solution qui porte un minimum d'atteinte aux exigences de la démocratie, tout en satisfaisant dans l'ensemble celles de l'efficacité.

I. — La doctrine démocratique qui condamne l'état de nécessité se fonde souvent sur sa contradiction avec les normes constitutionnelles chargées de mettre en œuvre le principe démocratique de façon cohérente. L'argument joue dans toute sa force en faveur de l'attribution des pouvoirs de nécessité à l'exécutif tel que la constitution l'a organisé : une constitution qui a prévu un exécutif collégial a cherché une garantie du respect de la souveraineté populaire dans l'idée de représentativité ; une constitution qui a préféré un exécutif monocratique a vu dans l'idée d'unité d'expression de la volonté populaire le moyen de satisfaire les impératifs démocratiques. Il est conforme à la

démocratie de maintenir l'application de ces idées en temps de crise, parce qu'elles traduisent le mieux la volonté du corps électoral.

2. — Les exigences démocratiques doivent d'autant plus entrer en ligne de compte qu'elles rejoignent ici celles de l'efficacité. L'expérimentation d'un nouveau système en matière politique et constitutionnelle est toujours une entreprise pleine d'aléas ; il y a toujours une période de « rodage », où des hésitations se font jour, où des problèmes d'interprétations se posent, même si le système est excellent et bien adapté aux conditions de la vie politique du pays. De tels flottements sont le prix d'une amélioration des institutions à échéance lointaine. Mais ce prix est trop élevé en période de crise.

Le maintien de la structure constitutionnelle de l'exécutif est une garantie de bon fonctionnement, donc d'efficacité. La conservation des habitudes acquises facilitera grandement l'élaboration, l'édiction et l'exécution des mesures de nécessité. On comprend tout de suite qu'il serait souvent absurde de substituer un exécutif collégial à un exécutif monocratique en cas de crise (27) : il en résulterait immanquablement des conflits entre celui qui disposait habituellement du pouvoir de trancher seul et ceux auxquels une partie de ce pouvoir est transférée.

Le remplacement d'un exécutif collégial par un exécutif monocratique n'est guère moins à déconseiller, malgré les apparences : la réduction de la collégialité au profit d'un de ses membres (28) peut le conduire à reculer devant des responsabilités beaucoup plus fortes que celles qu'il avait pour mission d'assumer en temps normal. L'efficacité peut donc gagner au maintien de la forme collégiale de l'exécutif, dont l'abandont risquerait d'ailleurs de susciter contestations et soupçons dans l'opinion.

Il ne faut pas cependant donner un caractère absolu au principe du maintien de la structure constitutionnelle de l'exécutif. L'efficacité peut parfois exiger la substitution d'un exécutif monocratique à un exécutif collégial et même, plus rarement, la substitution d'un exécutif collégial à un exécutif monocratique. La situation politique, en particulier le nombre des partis, joue un rôle important à cet égard : le bipartisme tendrait plutôt à l'adoption d'une forme monocratique de l'exécutif en cas de crise (29), un multipartisme modéré conduirait davan-

---

(27) Substitution à laquelle on pourrait être tenté de procéder en adjoignant à l'exécutif monocratique un certain nombre de personnalités qui partageraient avec lui le pouvoir de décision, afin d'assortir l'exercice de pouvoirs très vastes de garanties organiques.

(28) On imagine guère l'attribution des pouvoirs de nécessité à une personnalité prise hors du collège exécutif. Et ce ne serait plus, de toute façon, l'attribution des pouvoirs de nécessité à un organe exécutif.

(29) Avec cependant une réserve, concernant les cas de partis souples : le leader du parti majoritaire, qui est le bénéficiaire naturel de la concentration des pouvoirs, craignant de ne pas toujours être suivi par son parti, éprouvera peut-être le besoin d'associer certains membres influents de ce parti, et même du

tage à une forme collégiale (30), un multipartisme excessif verrait peut-être un retour vers l'attribution des pouvoirs de nécessité à une personnalité hors de pair, qui paraisse se situer au-dessus des partis (31). Cela dépend au fond très largement du point de savoir s'il existe ou non une personnalité jouissant d'une autorité suffisante pour édicter les mesures indispensables à la sauvegarde de l'Etat. Car les exigences propres à l'état de nécessité reconnaissent à chacune des deux formes d'exécutif des mérites différents, qu'il faut exploiter judicieusement en fonction de la situation politique.

B. — *Les mérites respectifs des diverses solutions du point de vue de l'état de nécessité.*

Ces mérites n'ont qu'une valeur relative et en quelque sorte subsidiaire par rapport à l'idée générale de maintien de la structure constitutionnelle de l'exécutif. Il est néanmoins utile de les indiquer, car leur formulation in *abstracto* peut constituer un guide précieux pour choisir une solution dans une situation concrète. Il nous faut expliquer à cet égard ce qui risque d'apparaître comme un paradoxe : que l'exécutif monocratique est plus efficient mais que, à la limite, il peut l'être moins, et que l'exécutif collégial est plus démocratique mais que, à la limite, il peut également l'être moins.

1. — L'exécutif monocratique est en général plus efficace parce qu'un homme seul peut prendre plus rapidement les décisions qui s'imposent ; le déclenchement de l'état de nécessité peut avoir lieu instantanément sans attendre la réunion d'un groupe qui fera toujours perdre un temps précieux. La conception d'une politique par un homme unique présente également l'avantage d'une parfaite homogénéité : aucune des discussions, aucun des compromis inévitables au sein d'un organisme collégial ne vient restreindre l'autorité des mesures de nécessité, aucun problème d'obéissance de la part de la minorité ne se pose (32).

---

parti adverse, à son entreprise pour lui donner une caution plus large. C'est une politique bien connue de la Maison Blanche pour toute tâche nationale de grande envergure.

Encore faut-il noter que le chef de l'exécutif s'en tiendra souvent à une amorce de collégialité ; il y aura consultation plutôt que partage du pouvoir de décision.

(30) Les partis politiques n'étant pas disposés à se plier à la volonté du leader de l'un d'entre eux sans disposer d'un pouvoir de contrôle simultané, voire d'un véritable droit de veto. Nous retrouverons cette situation accentuée en régime parlementaire avec les Gouvernements d'Union Nationale.

(31) C'aurait été le cas de la France en 1958 si le recours à l'état de nécessité s'était avéré nécessaire après l'investiture du Général de Gaulle comme Président du Conseil.

(32) L'harmonie qui a régné au sein du Conseil Fédéral suisse pendant les deux guerres mondiales est une hypothèse exceptionnellement favorable ; la

Le peuple lui-même se sent souvent mieux « représenté » dans un homme que dans un collège, en période de crise tout au moins. Les facteurs humains jouent un rôle essentiel dans les temps troublés ; les gouvernés feront bloc beaucoup plus aisément derrière un homme que derrière un corps ; le soutien populaire accordé à l'exécutif monocratique facilite l'exécution des mesures de nécessité.

L'efficience d'un exécutif monocratique peut cependant se trouver entravée, à la limite, par les risques de dictature qu'il implique, surtout dans un Etat très attaché à la démocratie. Un homme seul est toujours tenté d'abuser du pouvoir, et les agents chargés de faire exécuter ses décisions, les citoyens qui doivent s'y soumettre, risquent d'éprouver un sentiment instinctif de méfiance qui les pousse à résister, plus ou moins activement, à l'action du titulaire des pouvoirs de nécessité.

L'exécutif monocratique présente également un autre danger du fait que la sauvegarde de l'Etat démocratique repose uniquement sur les épaules d'un seul homme. Il peut certes se décharger partiellement sur des subordonnés qui deviennent ses véritables collaborateurs de fait. Mais cela ne suffit pas pour assurer de façon certaine la continuité de l'œuvre de salut public. Un homme seul est plus vulnérable physiquement qu'un collège ; sa disparition soudaine est plus à craindre. Elle priverait brutalement et radicalement l'Etat de son seul défenseur, d'autant plus que les auteurs des menaces dirigées contre l'Etat et les institutions feront figurer en tête de leurs objectifs la liquidation physique de cet homme (ou au moins sa mise hors d'état d'agir). Un exécutif collégial est davantage à l'abri des entreprises de violence, non seulement parce que son élimination totale est moins probable, mais encore parce que les tentatives seront à l'avance découragées du fait même des risques d'échec.

2. — L'exécutif collégial peut être supérieur, du point de vue de l'état de nécessité, par son caractère généralement plus démocratique. La représentativité d'un collège est dans l'ensemble plus grande que celle d'un seul homme. Et l'on peut rechercher dans la collaboration de plusieurs personnalités politiques une sorte de substitut de la garantie démocratique qui résulte, en temps normal, de la séparation des pouvoirs entre les organes constitutionnels. N'est-il pas souhaitable d'introduire dans l'exercice de l'état de nécessité le maximum d'éléments démocratiques compatibles avec l'efficacité, afin de compenser l'extension considérable des pouvoirs dévolus à l'organe de nécessité ?

L'efficacité elle-même pourrait y gagner. La collégialité peut avoir une influence bénéfique sur l'élaboration des mesures de nécessité ; la réflexion en commun au sein du collège peut améliorer très sensiblement le contenu de ces mesures et en permettre une meilleure adaptation

---

réalité de l'exercice du pouvoir au sein du Comité de Salut Public en 1793 prouve qu'en fait c'est souvent un seul hommme qui prend les décisions.

aux circonstances. Le retard qui résulte de la discussion est ainsi très largement compensé. Il ressort d'autre part de ce que nous avons dit de l'exécutif monocratique qu'un collège peut bénéficier d'une présomption de bonne foi qui facilite l'exécution des mesures de nécessité qu'il édicte. Les exigences de la démocratie rejoignent de ce point de vue les exigences de l'efficacité.

Il n'en va pas toujours ainsi cependant. L'attribution des pouvoirs de nécessité à un exécutif collégial peut être moins démocratique que l'attribution à un exécutif monocratique en ce sens qu'elle rend plus difficile le contrôle ultérieur de l'exercice de l'état de nécessité. L'autorité et la responsabilité sont étroitement liées en matière politique. La responsabilité tend à se diluer quand l'autorité est partagée ; chaque membre d'un collège se sentira davantage tenté d'abuser des pouvoirs dont il dispose parce qu'il sait que cet abus sera imputé à l'ensemble et se fondra dans l'anonymat de la décision collective. L'exécutif monocratique, appelé à prendre seul en dernier ressort les mesures de nécessité sait qu'il aura également à en répondre seul ; ce sentiment peut être un puissant aiguillon pour l'entraîner à ne rien faire qui n'ait pour objectif le salut de l'Etat dans le respect de son caractère démocratique. Cet aiguillon pourrait faire défaut à un exécutif collégial, ce qui pourrait favoriser à tout le moins une certaine négligence de sa part (33).

Les mérites respectifs des deux formes d'exécutif du point de vue de l'état de nécessité varient donc selon les circonstances de fait ; et il est impossible de poser des affirmations catégoriques. Cela renforce considérablement le caractère autoritaire du déclenchement de l'état de nécessité en empêchant, pratiquement, d'énoncer à l'avance des conditions restrictives à l'attribution des pouvoirs de nécessité. Il n'est guère plus aisé de le faire en régime parlementaire, où le choix entre les modalités d'attribution des pouvoirs de nécessité à un organe exécutif obéit à des conditions particulières.

§ 2. — *Les conditions particulières du choix en régime parlementaire.*

Le dualisme de l'exécutif propre au régime parlementaire fait coexister un homme et un collège. Le maintien de cette structure constitutionnelle est pratiquement impossible en cas de recours à l'état de nécessité ; la répartition des compétences entre les deux branches

(33) Cet avantage de l'exécutif monocratique, relatif au contrôle de l'état de nécessité, nous paraît dépasser celui que l'exécutif collégial présente, également du point de vue du contrôle, du fait de la publicité possible des conditions d'exercice de l'état de nécessité. Les délibérations du collège sont sans doute secrètes au moment du déclenchement de l'état de nécessité et de l'édiction des mesures d'applications ; mais la collégialité permet d'éclairer l'opinion, et donc d'arriver à un contrôle plus démocratique, lorsque la situation redevient normale : plusieurs membres du collège auront toujours intérêt à ce que la vérité éclate. La perspective de cette « heure de vérité » incitera chacun des membres du collège à peser sérieusement les mobiles de ses actes et la pertinence de ses interventions.

de l'exécutif est contraire aux exigences de l'efficacité. Il faut choisir entre l'attribution des pouvoirs de nécessité à l'une ou à l'autre. Mais la formation essentiellement empirique de ce type de régime s'oppose à une transposition pure et simple des éléments du choix entre un exécutif monocratique et un exécutif collégial. Chef de l'Etat et Gouvernement occupent une position spéciale l'un par rapport à l'autre et tous deux par rapport au Parlement. Cette position est distincte pour le premier de celle d'un exécutif monocratique, et pour le second de celle d'un exécutif collégial.

Le système des partis, les nécessités de la conduite d'un Etat moderne, l'aspiration populaire vers une certaine personnalisation du pouvoir, ont d'autre part amené une différenciation au sein même du Gouvernement. Un chef s'est dégagé et le droit constitutionnel a finalement consacré cette transformation dans les textes. L'exécutif est devenu tricéphale (34). Cette situation pose, elle aussi, un problème au cas où les pouvoirs de nécessité ne sont pas attribués au chef de l'Etat. Faut-il les confier au Gouvernement dans son ensemble ou seulement à son chef ?

A. — *Chef de l'Etat ou organe gouvernemental ?*

Les premières consécrations constitutionnelles de l'état de nécessité (ou ses premières applications en fait) dans des Etats monarchiques où s'introduisaient peu à peu des éléments de démocratie faisaient du monarque — du chef de l'Etat donc — le titulaire des pouvoirs de nécessité. Cette situation était parfaitement dans la logique du système, et correspondait précisément aux premières utilisations de l'état de nécessité. Le monarque acceptait de laisser à un Gouvernement qui jouissait encore de sa confiance mais qui était aussi sous le contrôle des Chambres la gestion des affaires courantes de l'Etat. Mais il se réservait la faculté de conserver pour lui seul l'exercice des pouvoirs quasi illimités qui résultaient du recours à l'état de nécessité (35). Les pouvoirs de nécessité auraient donc dû être attribués au chef de l'Etat.

Mais ce stade est depuis longtemps dépassé. L'évolution a amené un effacement progressif du rôle du chef de l'Etat. Cet effacement ne s'est pas toujours traduit dans les textes : l'essentiel des compétences exécutives reste nominalement confié au chef d'Etat, et, parmi elles, le droit de déclencher le recours à l'état de nécessité et d'en exercer ensuite les pouvoirs. La réalité est cependant tout autre. Le contreseing

---

(34) Duverger « Droit constitutionnel et institutions politiques » coll. Themis 6e éd. p. 143.
Burdeau « Traité de Science Politique ». T. VII, p. 375.

(35) Ainsi d'ailleurs que certaines autres prérogatives à la fois tout aussi importantes qu'exceptionnelles (droit de dissoudre les assemblées, de conclure des traités d'alliance, etc...).

conduit à une substitution de l'autorité du Gouvernement à celle du chef de l'Etat à partir du moment où la responsabilité politique des ministres devant le Parlement est admise. C'est le Gouvernement qui décide, le chef de l'Etat ne conserve plus qu'une fonction d'empêcher, dont la tradition exige d'ailleurs qu'il use avec une extrême discrétion, pratiquement pour des motifs juridiques (inconstitutionnalité d'une mesure) à l'exclusion de motifs tirés de l'opportunité politique.

Ce dépouillement progressif du chef de l'Etat au profit de l'organe proprement gouvernemental s'est fait sentir dans la réalité de l'attribution des pouvoirs de nécessité. Il faut le conserver présent à l'esprit lorsqu'on examine les différents textes constitutionnels qui désignent le titulaire des pouvoirs de nécessité en régime parlementaire.

Bon nombre de constitutions consacrent le droit de déclencher l'état de nécessité au profit du chef de l'Etat (monarque constitutionnel ou Président de la République) (36). Mais l'exercice des prérogatives ainsi reconnues ne s'est pas réalisée de manière uniforme. Les mesures de nécessité sont édictées dans la plupart des cas avec contreseing gouvernemental, c'est-à-dire sous la responsabilité collective du Cabinet (37). Le pouvoir du chef de l'Etat est réduit à un simple droit de veto ; le véritable titulaire des pouvoirs de nécessité est le Gouvernement. Il ne faut dès lors retenir comme exemple de l'attribution des pouvoirs de nécessité au chef de l'Etat que les seuls cas où le Chef de l'Etat peut concentrer et exercer les pouvoirs de nécessité sans contreseing ministériel (38).

L'attribution réelle des pouvoirs de nécessité au chef d'Etat parlementaire est extrêmement rare en droit positif (39). Cette rareté, étonnante si l'on se réfère aux origines de l'institution, provient de ce que les avantages de la désignation du chef de l'Etat comme titulaire des pouvoirs de nécessité ne suffisent pas à en compenser les très graves inconvénients.

---

(36) Ainsi en était-il de la constitution autrichienne de 1867 (art. 14), de la constitution bulgare de 1879 (art. 47 et 48), de la constitution polonaise de 1921 (art. 44) et de l'article 48 de la constitution de Weimar. Ainsi en est-il de nos jours des constitutions de l'Ethiopie (art. 92 de la constitution du 4 novembre 1955) de l'Islande (art. 28 de la constitution islandaise du 17 juin 1944), du Danemark (art. 25 de la constitution danoise du 5 juin 1915 modifiée par la loi constitutionnelle du 10 septembre 1920) et de la France. Notons également que c'était le Roi qui signait les décrets de nécessité dans l'Italie du Statut, et en Grèce durant la pratique extra-constitutionnelle avant 1952.

(37) Soit que les textes le disent de façon explicite dans la disposition relative à l'état de nécessité (Autriche, Bulgarie), soit que la philosophie générale de la constitution ou l'application effective du régime y conduise.

(38) Et bien entendu sans qu'il faille attendre une proposition du Gouvernement qui serait l'équivalent d'un contreseing.

(39) A l'exception de la constitution éthiopienne, encore au stade transitoire de la monarchie absolue vers la démocratie, on ne peut citer que la constitution française de 1958 (dont le caractère parlementaire ne peut être affirmé sans réserves). La constitution du Cameroun du 4 mars 1960 prévoit le contreseing (art. 19 et 20), malgré l'influence des institutions de l'ancienne métropole.

1. — Les avantages de l'attribution des pouvoirs de nécessité au chef de l'Etat tiennent à la stabilité et à la neutralité de cet organe, qui le mettent à certains égards dans une situation meilleure qu'un organe gouvernemental.

La stabilité est une qualité essentielle du chef d'Etat en régime parlementaire (40). Toutes les constitutions prévoient au profit du chef de l'Etat élu une durée de mandat qui dépasse de beaucoup celle des autres organes. Le chef de l'Etat symbolise et assure la continuité de l'Etat en face des Gouvernements qui passent, même si la stabilité gouvernementale est relativement bien assurée.

Le Président d'une République parlementaire, même s'il était au départ une personnalité peu connue, finit par acquérir une réelle popularité après quelques années passées à la tête de l'Etat (41). Les moyens modernes d'information et de diffusion le font connaître du peuple qui ne l'a pas souvent directement désigné ; ils le rapprochent progressivement des citoyens qui peuvent finir par se sentir « représentés » en lui et sont tout prêts à lui accorder en fait une confiance dont l'expression leur échappe en droit. La situation des monarques héréditaires est tout aussi bonne, voire meilleure (42). La volonté populaire se tournera facilement vers le chef de l'Etat dans les périodes de crise où les facteurs irrationnels tendent à prédominer.

Cette situation (43) accroît l'efficacité de l'action du chef de l'Etat. Fort du soutien populaire, il osera agir et pourra imposer sa volonté. L'exécution des mesures de nécessité sera facilitée à tous les niveaux, celui de l'administration comme celui des citoyens.

La continuité du chef de l'Etat lui donne encore sur le Gouvernement l'avantage d'une plus grande expérience, partant celui d'une meilleure connaissance des problèmes et de la façon de les résoudre. Le fait est particulièrement net en ce qui concerne les crises d'origine extérieure. La politique internationale est l'un des domaines où le chef de l'Etat conserve le plus d'influence, ne serait-ce que par les contacts que sa fonction de représentation officielle lui permet de nouer avec les autres chefs d'Etat (44). Il peut être opportun de lui

---

(40) C'est elle qui au fond justifie le maintien d'un Président de la République dans les démocraties parlementaires qui ont abandonné la monarchie héréditaire.

(41) Cf. en France l'exemple du Président Coty.

(42) La respectueuse affection dont le peuple anglais ou le peuple hollandais, voire le peuple belge, entoure ses souverains suffit à montrer que ces peuples considèrent le chef de l'Etat comme tout aussi représentatif que le Parlement ou le Gouvernement.

(43) Qui introduit un élément démocratique indirect mais non négligeable dans la détermination du titulaire des pouvoirs de nécessité...

(44) La constitution française de 1946, pourtant peu favorable à la Présidence de la République, prenait soin de spécifier dans son article 31 que « Le Président de la République est tenu informé des négociations internationales ». La pratique montre que la « magistrature morale » du Président de la République s'est exercée de manière effective en ce domaine.

confier les pleins pouvoirs pour que l'Etat survive à une crise d'origine internationale. Sa compétence (au sens non juridique du terme) en matière interne, pour être moins nettement affirmée, est cependant réelle, elle aussi. Le chef de l'Etat conserve en général la présidence du Conseil des Ministres et peut grâce à elle suivre l'actualité de très près et de façon continue. Il tire donc de son expérience à la tête de l'Etat, poste d'observation magnifique, une aptitude incontestable à assumer la responsabilité suprême aux moments critiques.

L'irresponsabilité du chef de l'Etat peut d'autre part rendre sa désignation comme titulaire des pouvoirs de nécessité absolument indispensable. Le Gouvernement parlementaire est un Gouvernement à éclipses ; son existence est toujours à la merci d'une crise déclenchée par le Parlement. On peut sans doute espérer que ce dernier aura la sagesse de s'en abstenir quand l'Etat est gravement menacé. Mais il peut se faire que le renversement du Gouvernement se soit produit *avant* que la menace ne se révèle au grand jour (45), et qu'un nouveau gouvernement ne soit pas encore instauré. Peut-on, en outre, accorder une confiance absolue au bon sens des parlementaires à la lumière d'expériences comme celles de la République de Weimar ?

L'attribution des pouvoirs de nécessité au chef de l'Etat est encore favorisée par la neutralité de cet organe. Le terme de neutralité qui évoque désagréablement l'idée d'effacement offre pourtant certains avantages.

Elle est tout d'abord une garantie de démocratie, en ce sens que les risques d'un usage abusif de l'état de nécessité sont sensiblement diminués. L'effacement du Chef d'Etat parlementaire est aujourd'hui passé dans les mœurs ; un Président de la République, *a fortiori* un monarque héréditaire, répugneront à sortir de leurs fonctions normales et à se départir de la neutralité dont ils doivent habituellement faire preuve. Ils ne le feront que si le bien public, les nécessités de la sauvegarde de l'Etat l'exigent absolument et évidemment c'est-à-dire lorsque le recours à l'état de nécessité ne sera certainement pas abusif (46). Le chef de l'Etat n'utilisera les pouvoirs de nécessité que dans la mesure strictement nécessaire au salut de l'Etat, à l'exclusion de toutes préoccupations partisanes : il a renoncé à la volonté de réaliser un programme en accédant à la magistrature suprême ; il ne sera donc pas tenté d'uti-

---

(45) Le Gouvernement démissionnaire qui conserve le droit d'expédier les affaires courantes pourrait certes être exceptionnellement autorisé par la constitution à dépasser cette compétence limitée et à exercer tous les pouvoirs. Mais quelle serait politiquement son autorité, alors qu'il a perdu la confiance du Parlement ? Le chef de l'Etat, au moins, ne risque pas de la perdre ; c'est la contrepartie positive du fait qu'il ne peut non plus en jouir expressément. Ce qui était inconvénient peut devenir avantage.

(46) On pourrait certes faire valoir en sens inverse qu'un chef de l'Etat relégué par la constitution à l'arrière-plan de la scène politique sera peut-être tenté de voir dans le recours à l'état de nécessité un moyen de sortir de son effacement, et d'utiliser la concentration des pouvoirs pour faire triompher des vues personnelles. Cette éventualité nous semble peu probable, à partir du moment où le contrôle démocratique de l'état de nécessité est organisé soigneusement.

liser l'état de nécessité à cette fin comme pourraît l'être un Gouvernement.

La neutralité du chef de l'Etat est ensuite une garantie d'efficacité, en ce sens que l'autorité d'un homme qui s'est abstenu pendant plusieurs années de prises de positions politiques par trop marquées garde vis-à-vis des partis une autorité qui fait défaut à un Gouvernement. L'action du chef de l'Etat sera ainsi mieux acceptée par l'ensemble de la Nation et notamment par les partis d'opposition. Les mesures de nécessité, mieux admises, seront mieux exécutées. Le chef de l'Etat sort de son rôle d'arbitre lorsqu'il recourt à l'état de nécessité (47) mais il reste marqué par le caractère arbitral de sa fonction constitutionnelle normale.

Le fait se vérifiera particulièrement dans les régimes parlementaires où un multipartisme excessif conduit en fait à accroître l'autorité du Président de la République, même si son pouvoir est restreint en droit. La situation du Président de la Quatrième République Française en est une excellente illustration. Le Président Coty qui décida de faire appel au Général de Gaulle dans l'intérêt supérieur du pays en mai 1958 fut peut-être critiqué sur le plan de l'opportunité politique ; mais il ne le fut pas sur la pureté de ses intentions. Sa décision était pourtant lourde de conséquences ; seul le Président de la République pouvait la prendre grâce à son impartialité antérieure (48).

Mais d'autres conséquences de l'impartialité du chef de l'Etat vont constituer de graves objections à sa désignation comme titulaire des pouvoirs de nécessité.

2. — Il apparaîtra bien souvent peu souhaitable de choisir le chef d'Etat parlementaire comme titulaire des pouvoirs de nécessité pour des raisons qui tiennent à la fois aux exigences de l'efficacité et à celles de la démocratie, et qui se rattachent plus ou moins au principe de son irresponsabilité.

L'irresponsabilité du chef de l'Etat parlementaire l'oblige à demeurer en temps normal en dehors des luttes politiques et à s'abstenir de toute intervention autre que morale dans la conduite générale des affaires publiques (49). Ce rôle politiquement effacé dessine peu à peu le tempérament du chef d'Etat parlementaire. Les qualités requises de cet homme sont très différentes de celles d'un organe gouvernemental. Le titulaire des pouvoirs de nécessité doit prendre des mesures de la plus haute importance, des mesures qui impliquent une orien-

---

(47) C'est à notre avis une erreur que de présenter l'article 16 de la constitution française de 1958 comme une application de l'article 5 de cette même constitution. Contra Lamarque, article précité, RDP 1961, p. 606.

(48) Nous raisonnons évidemment ici par analogie, car il est bien certain que le Président Coty n'a pas eu recours à l'état de nécessité en appelant une personnalité à la Présidence du Conseil : cela rentrait dans ses fonctions constitutionnelles normales.

(49) Encore doit-il conserver une grande réserve dans l'usage de cette prérogative morale.

tation politique certaine. On peut craindre qu'un chef d'Etat n'ait tendance à transposer dans l'exercice des pouvoirs de nécessité l'attitude qui est constitutionnellement la sienne en période normale ; on peut craindre qu'il ne recule devant des mesures radicales et ne recherche les compromis là où les circonstances exigeraient des décisions extrêmement énergiques (50). La sauvegarde de l'Etat risque finalement de souffrir d'un défaut général d'autorité.

Il faut d'ailleurs reconnaître que le chef de l'Etat ne bénéficie souvent que d'une représentativité assez faible et que cela aussi va dans le sens d'une autorité réduite. Le monarque héréditaire ne bénéficie d'aucune investiture populaire ; le Président d'un Etat Républicain est nécessairement issu de l'élection mais pratiquement toujours de façon tout à fait indirecte (51). L'un et l'autre seront donc moins représentatifs qu'un Gouvernement (52). Ils risqueront de ne pas « faire le poids » en face du prestige dont peut jouir l'auteur d'un complot ou le chef d'une rebellion grâce à une publicité bien orchestrée. La désaffection du corps électoral envers un homme qui n'est pas son élu direct peut constituer un obstacle à l'efficacité des mesures de nécessité.

L'irresponsabilité du chef de l'Etat s'oppose de façon encore plus directe à sa désignation comme titulaire des pouvoirs de nécessité. La démocratie ne saurait admettre que l'ensemble des pouvoirs constitutionnels soient confiés à quelqu'un d'irresponsable. L'octroi de pouvoirs exceptionnels au chef de l'Etat doit donc entraîner une responsabilité exceptionnelle et corrélative de ce même chef d'Etat (53). On doit d'autant mieux l'admettre que, selon l'excellente démonstration du Professeur Berlia (54), l'irresponsabilité d'un chef d'Etat républicain n'a pas besoin d'être aussi absolue que celle d'un monarque héréditaire et que les monarchies héréditaires se font rares de nos jours.

---

(50) L'attitude de Lebrun en 1940 s'explique peut-être autant par le fait qu'il était marqué par sa fonction que par une faiblesse naturelle de caractère, comme on l'a toujours dit.

(51) Le régime parlementaire ne s'accommode guère de la désignation directe du chef de l'Etat par le peuple, contraire à toute la tradition d'équilibre qui caractérise ce régime. La révision constitutionnelle d'octobre 1962 éloigne très certainement la Cinquième République de l'orthodoxie parlementaire, dont d'autres dispositions de la constitution de 1958 l'écartaient déjà.

(52) Un Président de la République sera certes parfois issu d'un suffrage plus large qu'un Gouvernement investi par le seul Parlement (cas du Président de la République en France déjà entre 1958 et 1962). Mais la durée de son mandat, nécessairement assez longue, ainsi que son irresponsabilité qui empêche de vérifier la concordance de ses opinions avec celle de la majorité du corps électoral représentée au Parlement, le mettent dans une situation moins bonne quant à sa représentativité.

(53) L'article 16 de la constitution française de 1958 encourt à cet égard une critique extrêmement grave pour ne pas avoir organisé la responsabilité du Président de la République.

(54) « Le Président de la République dans la constitution de 1958 » RDP 1959, p. 75.

Mais l'organisation d'une telle responsabilité se heurte à des objections extrêmement graves parce qu'elle est susceptible de compromettre l'avenir du régime parlementaire dans l'Etat. Deux situations peuvent en effet se produire à l'expiration de la période de nécessité, lors du contrôle de l'exercice de l'état de nécessité, comportant l'une et l'autre de sérieux inconvénients, surtout la seconde.

Dans une première hypothèse, le chef de l'Etat peut être désapprouvé par les organes chargés du contrôle de l'état de nécessité ; il est alors obligé, en droit ou en fait, de se retirer. L'élection d'un nouveau chef de l'Etat résoudra assez facilement le problème sur le plan juridique et sur le plan politique (55). Notons toutefois qu'une telle éventualité ne peut être admise par les Etats qui ont à leur tête un monarque héréditaire sous peine d'entraîner un bouleversement considérable du régime, et qu'il peut être gênant, dans un Etat républicain, de se priver du seul organe symbolisant la continuité de l'Etat très rapidement après une crise grave.

Dans une seconde hypothèse, la sanction de l'exercice des pouvoirs de nécessité peut être favorable au chef de l'Etat. C'est même l'hypothèse normale puisqu'elle correspond à un exercice correct de l'état de nécessité. Mais elle risque de compromettre définitivement tout le subtil équilibre sur lequel repose le régime parlementaire. Le chef de l'Etat restera en fonction : on ne peut lui imposer l'obligation de se retirer alors qu'il vient de faire la démonstration éclatante de ses aptitudes dans un moment particulièrement difficile. Il jouira d'un prestige considérable et deviendra en fait l'organe directeur de la politique gouvernementale, au détriment du Gouvernement. C'est l'orléanisme qui s'instaurera ; or l'orléanisme est un système fragile. Une crise éclatera tôt ou tard entre le Gouvernement et le Chef de l'Etat, ou entre le Chef de l'Etat et le Parlement. Elle ne sera pas nécessairement résolue dans le sens d'un retour au régime parlementaire normal tel qu'il existait avant le recours à l'état de nécessité. L'attribution des pouvoirs de nécessité au chef de l'Etat se heurte, de ce point de vue, aux mêmes objections que l'octroi d'un droit discrétionnaire de dissolution du Parlement.

Il semble préférable, dans ces conditions, d'abandonner la possibilité de mettre en jeu la responsabilité du chef de l'Etat, et par voie de conséquence sa désignation comme titulaire des pouvoirs de nécessité. Seule une situation politique très particulière — notamment une division excessive de l'opinion publique — pourrait justifier dans certains cas l'attribution des pouvoirs de nécessité au chef de l'Etat. Autrement il revient plutôt à un organe gouvernemental de recourir à l'état de nécessité ; le chef de l'Etat doit disposer tout au plus d'une fonction de veto, exclusivement fondée sur des motifs de régularité constitutionnelle ou (à défaut de prévision constitutionnelle) sur des

(55) On serait dans la situation d'un Président de la République contraint de démissionner par suite d'une attitude politiquement trop engagée sanctionnée par le Parlement.

motifs tirés de l'intérêt supérieur de la démocratie et du respect de l'esprit de la souveraineté populaire.

Encore faut-il déterminer exactement ce que recouvre l'expression « organe gouvernemental ». S'agit-il du Gouvernement dans son ensemble, ou du chef de Gouvernement seul ?

B. — *Chef de Gouvernement seul ou Gouvernement dans son ensemble ?*

Cette question se relie, dans une large mesure, au problème plus général déjà examiné des mérites respectifs d'un exécutif collégial et d'un exécutif monocratique du point de vue de l'état de nécessité. Le caractère parlementaire du régime donne cependant aux idées que nous avons développées sur ce point une coloration spécifique (56). Des facteurs d'ordre juridique et politique vont influencer le choix de l'organe gouvernemental titulaire des pouvoirs de nécessité.

1. — Une différence apparaît tout de suite, d'un point de vue juridique, entre le parlementarisme classique et un parlementarisme moderne plus évolué. Le parlementarisme classique serait plutôt favorable à l'attribution des pouvoirs de nécessité au Gouvernement dans son ensemble, alors que le parlementarisme moderne inclinerait plutôt à les confier au chef du Gouvernement seul.

Le parlementarisme classique (57) ignore en droit (et peut-être en fait dans une certaine mesure) l'institution d'un chef de Gouvernement. C'est le Gouvernement dans son entier qui a été investi par le Parlement ; c'est lui qui jouit de la confiance de la Chambre (58). Les considérations de personnes ont été prépondérantes lors de l'investiture ; elles le demeurent pendant toute la durée des fonctions du

(56) Une première particularité provient du fait qu'il est assez difficile de dire si le Gouvernement parlementaire est ou non un organe collégial. L'empirisme du régime se manifeste à tous les niveaux et notamment au sein du Gouvernement. Il est généralement admis qu'il n'y a pas à proprement parler de vote au sein du Conseil des Ministres. Chaque membre est appelé à faire connaître son opinion, et à la défendre, mais la décision finale ne résulte pas d'un décompte mathématique des voix. La pratique est beaucoup plus nuancée. Il se dégage peu à peu de la discussion en Conseil des Ministres une orientation qui prend finalement la forme d'une décision émanant d'une volonté collective indivisible. Cette décision est censée avoir reçu l'approbation du Gouvernement tout entier. Il n'y a pas d'égalité entre les ministres : l'opinion de tel ou tel est prépondérante selon la nature de la décision. Le chef du Gouvernement peut procéder aux arbitrages nécessaires d'une façon plus ou moins autoritaire, mais cela n'aboutit jamais à faire de lui l'auteur exclusif de la décision.

(57) Celui de l'Angleterre sous la reine Victoria.

(58) La Chambre prend peut-être en considération l'existence d'un premier Ministre, mais ce premier Ministre n'est qu'un *primus inter pares*. La Chambre a ratifié le choix qu'il a fait de son gouvernement, et c'est d'ailleurs bien souvent pour obtenir l'appui parlementaire qu'il a nommé tel ou tel ministre.

Gouvernement. Le caractère collectif du Gouvernement se manifeste à tous moments à travers les exigences de la solidarité ministérielle (59), en vertu desquelles l'acte d'un seul membre du Gouvernement engage le Gouvernement dans son ensemble et l'expose à une éventuelle sanction de la part du Parlement.

Il apparaît dès lors conforme à la fois aux exigences de l'efficacité et à celles de la démocratie que les pouvoirs de nécessité soient attribués au Gouvernement dans son ensemble.

Les dosages souvent subtils des partis qui participent à la coalition gouvernementale au sein du ministère font que le Gouvernement n'est véritablement représentatif de l'opinion parlementaire que s'il demeure dans son intégralité. Le chef du gouvernement représente la tendance majoritaire au sein du Gouvernement, mais ne peut prétendre représenter ce Gouvernement dans son ensemble. L'autorité du Gouvernement tout entier est donc plus forte, en vertu de l'idée que l'autorité d'un organe est en proportion de sa représentativité. Il vaut donc mieux lui attribuer les pouvoirs de nécessité.

Les inconvénients du Gouvernement collégial du point de vue de l'efficacité — la nécessité d'obtenir l'accord de la majorité des membres du collège pour prendre des mesures de nécessité et le risque de paralysie qui en résulte — sont d'ailleurs atténués en régime parlementaire. Une mesure de nécessité pourra être décidée au sein du Conseil des Ministres même si elle n'obtient pas l'accord de la majorité dès lors que les principaux ministres, et en particulier le premier d'entre eux, seront partisans de l'édicter. Et cette mesure bénéficiera en fin de compte de l'autorité et du prestige qui s'attache aux mesures prises par le Gouvernement, grâce à la solidarité ministérielle.

Cette situation suppose cependant déjà que le parlementarisme classique pur soit un peu dépassé, et que les titulaires des postes ministériels les plus importants fassent prévaloir leurs vues. La forme moderne du régime parlementaire a poussé encore plus loin la différenciation en consacrant constitutionnellement la fonction de premier ministre qui jouit d'une suprématie d'ordre juridique. Le chef du gouvernement seul y apparaît avec une vocation particulière à l'attribution des pouvoirs de nécessité.

Nombre de constitutions modernes font du chef de Gouvernement, le seul titulaire de la confiance parlementaire, parce qu'il est seul investi directement ; les ministres ne sont nommés qu'ultérieurement sans que l'assemblée ratifie leur nomination (60). Le chef du gouvernement devenu le seul responsable de la politique gouvernementale est le représentant unique de la volonté parlementaire au sein du

---

(59) La procédure de décision au sein du Conseil des Ministres, telle que nous l'évoquions ci-dessus, en est une preuve. L'exigence du contreseing ministériel pour les décisions du chef du Gouvernement en est une autre.

(60) Système en vigueur en France sous l'empire de la constitution de 1946 jusqu'à la révision du 7 décembre 1954. Système de la Loi Fondamentale de la République Fédérale allemande.

Gouvernement. C'est donc tout naturellement à lui seul que seront confiés les pouvoirs de nécessité.

Les exigences de l'efficacité vont en ce sens. Il faut laisser librement jouer les habitudes acquises. Le chef du Gouvernement, finalement seul habilité à trancher les litiges qui peuvent s'élever au sein du Conseil des Ministres, dispose d'une autorité qui lui permet d'imposer ses vues à ses collègues et en même temps inférieurs. Eclairé par l'opinion de ses collaborateurs (61) et néanmoins libre de ses mouvements, le chef du Gouvernement dispose d'atouts majeurs pour réussir la mission de salut public que les événements lui imposent de remplir.

Cette formule est pourtant peu employée dans les constitutions modernes qui consacrent l'état de nécessité (62). C'est que, dans un choix de cet ordre, les considérations politiques prennent souvent le pas sur les facteurs juridiques.

2. — La réalité politique peut annuler dans une certaine mesure l'influence des facteurs juridiques ou tout au moins la contrebalancer assez fortement. La distinction fondamentale à cet égard est celle que le régime des partis impose entre les gouvernements homogènes et les gouvernements de coalition.

Si le Gouvernement est homogène, peu importe en définitive que le titulaire des pouvoirs de nécessité soit le Gouvernement dans son ensemble ou le chef du Gouvernement seul. Il y aura toujours complète identité de vues entre le chef du Gouvernement et les ministres, surtout si le parti auquel appartiennent tous les membres du Gouvernement est un parti fortement structuré où la discipline joue dans tous les cas. Une divergence qui surgirait par hasard serait très vite résorbée au sein même du Gouvernement par le jeu des mécanismes partisans. L'efficacité ne souffrirait donc pas de l'octroi des pouvoirs de nécessité au Gouvernement dans son ensemble. La démocratie ne souffrirait pas non plus de l'octroi des pouvoirs de nécessité au chef du Gouvernement seul : il apparaît dans un tel système comme éminemment représentatif puisqu'il est en quelque sorte l'incarnation, la synthèse de la volonté gouvernementale collective, de la volonté parlementaire et à la limite de la volonté nationale par le jeu de la désignation indirecte du

---

(61) Qui participent plus étroitement à l'édiction des mesures de nécessité que ne le font les collaborateurs du chef d'un exécutif présidentiel.

(62) Il est normal que les constitutions anciennes attribuent les pouvoirs de nécessité au gouvernement dans son ensemble soit directement (constitutions des pays allemands après 1919 : Saxe, art. 40 — Bade, art. 56 § 2 — Hesse, art. 9...) soit sous forme d'un contreseing aux décisions du chef de l'Etat engageant éventuellement la responsabilité collective du Cabinet (Constitution bulgare de 1879, art. 47 et 48 — Constitution monténégrine du 6 décembre 1906, art. 75 — Constitution autrichienne du 1er octoble 1920, art. 18). Il est moins normal que des constitutions plus récentes suivent cette voie. Cela s'explique soit par une réticence générale de la constitution envers le tricéphalisme (Italie), soit par une méfiance envers un exécutif monocratique dans les temps de crise (projet de loi sur l'état de nécessité en République Fédérale allemande).

chef du Gouvernement par le corps électoral dans un régime de bipartisme. Le choix apparaît donc indifférent.

Il n'en ira pas de même si le Gouvernement est un Gouvernement de coalition. Son hétérogénéité entraîne quelque hésitation sur le point de savoir à quel type d'organe gouvernemental confier les pouvoirs de nécessité.

Les exigences démocratiques telles qu'elles s'incarnent dans les régimes parlementaires conduisent à attribuer les pouvoirs de nécessité au Gouvernement dans son ensemble, puisqu'il jouit dans son ensemble et dans son ensemble seulement de la confiance du Parlement. L'observation est valable même au cas où le chef du Gouvernement jouit d'une prééminence juridiquement établie : l'expérience (63) montre que si le Gouvernement est hétérogène, c'est lui qui jouit de la confiance des Chambres et non son chef, en dépit du fait qu'il ait été investi seul par un vote exprès du Parlement. Les mesures de nécessité qui sont l'œuvre commune des différents partis de la coalition gouvernementale par l'intermédiaire de ceux qui les représentent au Conseil des Ministres ont une plus grande autorité. Les hommes politiques sont souvent plus portés à se méfier de leurs amis que de leurs ennemis ; les partis qui soutiennent le Gouvernement et y participent admettront difficilement que des mesures soient prises autoritairement par le chef du Gouvernement qui appartient à un parti voisin. De telles mesures risqueraient de rencontrer une opposition assez vive qui entraverait leur application.

Mais, d'un autre côté, le caractère hétérogène d'un Gouvernement de coalition peut rendre difficile, voire impossible, l'édiction des mesures indispensables à la sauvegarde de l'Etat par suite d'une opposition trop forte de la part de plusieurs membres influents du Conseil des Ministres. Il peut apparaître judicieux de confier dans ce cas au chef du Gouvernement le droit de décider seul, en dépit des oppositions qu'il peut rencontrer. Les mesures prises y gagneront en cohésion et pourront être édictées plus rapidement. Le chef du Gouvernement est souvent, en régime parlementaire, le représentant du parti de la coalition qui est le moins minoritaire. Mieux vaut que les pouvoirs de nécessité lui soient attribués si un homme seul doit se trouver investi des responsabilités suprêmes.

Aucune condition impérative ne peut donc être édictée. Tout au plus peut-on prévoir au départ l'attribution des pouvoirs de nécessité au Gouvernement dans son ensemble, mais en reconnaissant aussitôt au chef de ce Gouvernement la possibilité d'en modifier la composition si cela lui apparaît indispensable, sans avoir de compte à rendre à personne, dans l'immédiat tout au moins. Le Chef du Gouvernement doit également avoir le droit de trancher en dernier ressort en cas de désaccord persistant au sein du Gouvernement, et de décider seul quand

---

(63) Particulièrement l'expérience française des premières années de la Quatrième République.

l'urgence ne permet pas de délibérer. Il reste aux ministres en désaccord la possibilité de démissionner (64).

L'enseignement qui se dégage de l'examen de la question du titulaire des pouvoirs de nécessité en régime parlementaire et plus généralement en démocratie est donc avant tout un enseignement d'humilité : il faut accepter de se plier aux circonstances et laisser à l'organe le mieux placé le soin de déclencher autoritairement l'état de nécessité en appréciant seul si les conditions de son entrée en vigueur sont réunies.

(64) On pourrait objecter à cette solution que l'action d'un chef de Gouvernement qui se retrouverait isolé après la démission de ses principaux ministres ne serait guère efficace, eu égard à la situation politiquement critique de son auteur. Nous répondrons à celà que si tant de démissions en cascade se produisent, c'est qu'il y a de fortes chances pour que le recours à l'état de nécessité soit abusif, et que, dans ces conditions, il faut mettre rapidement un terme à son exercice.

Chapitre II

LES CONDITIONS D'ENTREE EN VIGUEUR DE L'ETAT DE NECESSITE

La recherche des conditions d'entrée en vigueur de l'état de nécessité tient une large place dans les études doctrinales et dans les controverses des hommes politiques. Cette place est bien souvent hors de proportion avec l'importance réelle de cette question, qui n'est cependant pas entièrement négligeable, loin de là.

Il ne faut pas espérer diminuer le caractère autoritaire du déclenchement de l'état de nécessité en assortissant son entrée en vigueur de conditions très strictes. L'efficacité s'oppose absolument à ce que l'organe constitutionnel qui doit concentrer tous les pouvoirs entre ses mains pour assurer la sauvegarde de l'Etat soit lié de façon trop étroite : des conditions qui se voudraient trop restrictives ou trop détaillées seraient inévitablement méconnues en cas de crise grave ; elles ne constitueraient donc que des garanties illusoires, à moins que leur application trop scrupuleuse n'entrave la défense de l'Etat. Il est indispensable de laisser au titulaire des pouvoirs de nécessité un pouvoir entier d'appréciation.

Mais il ne s'ensuit pas que toute étude sur les conditions d'entrée en vigueur de l'état de nécessité soit vaine. Il demeure possible de donner des orientations d'ordre général, qui présentent une double utilité : d'abord celle d'éclairer l'organe de nécessité lui-même dans l'usage de sa faculté de libre décision, ensuite et surtout celle de préparer l'exercice d'un contrôle ultérieur en apportant aux organes qui en sont chargés de précieux éléments d'appréciation.

L'étude des conditions d'entrée en vigueur de l'état de nécessité doit permettre de répondre aux deux questions suivantes : quand et comment le titulaire des pouvoirs de nécessité peut-il déclencher l'état de nécessité ? Cela revient à examiner successivement les conditions de fond et les conditions de forme de l'entrée en vigueur de l'état de nécessité.

Section I

LES CONDITIONS DE FOND

C'est l'organe de nécessité lui-même qui devra déterminer si les conditions de fond de l'entrée en vigueur de l'état de nécessité lui semblent réunies. Et son appréciation portera sur des faits bruts, qu'il lui appartiendra de qualifier. Ces conditions ne constituent pas une limite objective de son pouvoir. Il aurait fallu, pour qu'il en soit autrement, que les conditions de fond de l'entrée en vigueur de l'état de nécessité puissent se définir à l'aide de concepts juridiques ; or ceux-ci se révèlent trop étroits. Il faut se référer à des circonstances purement matérielles.

Celles-ci peuvent cependant être quelque peu éclairées par la définition de l'état de nécessité. Il suffit de développer les deux aspects essentiels de l'élément objectif de cette définition : l'existence d'une menace contre l'Etat démocratique et l'impossibilité d'y faire face par le jeu normal des institutions constitutionnelles.

§ 1. — *L'existence d'une menace contre l'Etat démocratique.*

L'état de nécessité ne peut entrer en vigueur que si l'Etat démocratique est gravement menacé. La doctrine, la jurisprudence, le droit constitutionnel écrit sont unanimes sur ce point. L'idée est partout exprimée, soit par l'emploi de l'expression elle-même ou d'une expression analogue (1), soit comme inspiratrice d'une énumération d'événements auxquels elle sert de dénominateur commun (2).

---

(1) Doctrine :

« Personne ne peut dénier à l'Etat en cas de péril grave la ressource d'user, pour sa conservation de moyens qui sont à la hauteur des circonstances. » Carré de Malberg « Contribution à la théorie générale de l'Etat », T. 1, p. 619 en note.

« Le péril national, la nécessité et l'urgence... » Esmein « Eléments de droit constitutionnel français et comparé » 8e ed. T. 2, p. 90 « Crise politique provoquée par des événements nationaux ou internationaux... » Jèze R.D.P. 1917, p. 417.

« Un grave péril national peut excuser un certain relâchement des scrupules constitutionnels... » Barthélemy R.D.P. 1914, p. 571 « S'il devait arriver que la patrie fût en péril... » (Discours de Bayeux, à rapprocher des déclarations des Conventionnels sur « la patrie en danger... »)

Jurisprudence :

« Existence d'un péril imminent » Cour de cassation roumaine, 18 octobre 1926, cité par Lamarque article précité à la R.D.P. 1961, p. 574.

« Lorsque l'Etat est menacé en raison d'un danger immédiat ou d'une nécessité urgente » Conseil d'Etat grec arrêt n° 43.1919 cité par G. Vlachos R.D.P. 1960, p. 243 note (28).

« Circonstances de nature à entraver le fonctionnement des diverses administrations nécessaires à la vie nationale » C.E. 28 juin 1918 Heyries.

Droit constitutionnel positif :

La seconde technique semble préférable, à première vue, car l'énumération peut se référer à des notions définies d'un point de vue juridique ou, à tout le moins, à des hypothèses illustrées par des expériences passées. Mais il s'agit, à notre avis d'une fausse supériorité. Les concepts juridiques sont trop étroits pour recouvrir toutes les menaces susceptibles d'affecter l'Etat démocratique ; les précédents ne sont utilisables qu'après une transposition qui peut se faire seulement par une abstraction suivie d'une généralisation. L'énumération ne saurait avoir qu'un caractère indicatif et exige donc la référence à un concept plus général qui est précisément celui de menace contre l'Etat.

Cela ne veut pas dire que n'importe quelle circonstance peut constituer une menace justifiant le recours à l'état de nécessité, soumis au bon plaisir du titulaire des pouvoirs de nécessité. Il est bon d'analyser de façon un peu détaillée la nature et l'objet de cette menace.

A. — *Nature de la menace.*

La plupart des textes constitutionnels que nous avons cités, ainsi que les développements doctrinaux, sont extrêmement peu explicites sur la nature de la menace qui permet de recourir à l'état de nécessité. Leur mutisme est particulièrement frappant en ce qui concerne l'origine de la menace, ce qui se justifie aisément ; il n'est guère moindre sur les caractères de la menace qui, pourtant, appellent quelques précisions.

« Si pour éviter à la collectivité un dommage manifeste et irréparable. » article 18 de la constitution autrichienne du 1er octobre 1920, modifiée en 1929 (il s'agit en l'espèce d'une technique de substitution, mais l'analogie avec la constitution de 1867 qui prévoyait l'état de nécessité est certaine).

« Dans le cas où la sûreté du pays serait gravement menacée, soit à l'extérieur, soit à l'intérieur... » (article 75 de la constitution du Monténégro du 6 décembre 1906).

« Dans le cas où l'Etat serait menacé d'un danger extérieur ou intérieur... » (article 47 de l'ancienne constitution bulgare du 28 avril 1879).

« Nécessité urgente de maintenir l'ordre public ou d'éviter les calamités publiques... » (constitution japonaise du 11 février 1899 article 8).

« Danger pressant... » (constitution du canton de Berne article 39-2°).

« Si la sécurité publique et l'ordre sont sévèrement troublés et ainsi l'état de chose constitutionnel mis en danger » (Constitution du Land de Rhénanie-Palatinat, du 13 mai 1947, article 112).

« Danger menaçant l'existence ou l'ordre libéral et démocratique de la Fédération ou d'un Land... » Projet d'amendement à la constitution de Bonn.

(2) C'est, semble-t-il, une technique française. On la trouve dans l'article 92 de la constitution du 22 frimaire an VIII (« révolte à main armée ou troubles qui menacent la sûreté de l'Etat ») et dans l'article 16 de la constitution du 4 octobre 1958 (« lorsque les institutions de la République, l'indépendance de la Nation, l'intégrité de son territoire ou l'exécution de ses engagements internationaux sont menacés d'une manière grave et immédiate »)

1. — L'origine de la menace est sans influence sur l'entrée en vigueur de l'état de nécessité à partir du moment où les événements risquent de causer à l'Etat un préjudice irréparable. Ceci explique l'absence de toute systématisation dans les textes constitutionnels, qui se bornent dans l'ensemble à donner les effets de la survenance de la menace plutôt que ses causes. Il peut cependant être utile de dresser rapidement le catalogue des sources possibles de menaces à l'origine d'un recours à l'état de nécessité, à partir des diverses indications glanées çà et là en incidente dans tel ou tel article constitutionnel et à partir des enseignements de l'expérience (3).

La menace qui pèse sur l'Etat peut avoir une origine naturelle (4). La concentration des pouvoirs ne soulève dans ce cas aucune objection de la part des démocrates. La doctrine et le droit positif ne mentionnent presque jamais cette origine de menace. Cela provient sans doute de ce que les nations occidentales (5) ne connaissent pratiquement pas de fléaux naturels dont l'ampleur appelle un recours à l'état de nécessité. Cela peut aussi s'expliquer par le fait que les études de l'état de nécessité et les prévisions constitutionnelles se réfèrent surtout au passé et que la conception de l'Etat gendarme exclut l'intervention autoritaire de l'Etat dans des situations qui n'ont aucun caractère politique. Il est temps de mettre fin à cette carence, alors que la concep-

---

(3) Il ne faut pas voir dans cette recherche une énumération limitative du type de celle que préconisait Duguit et dont il faisait une condition *sine qua non* de la validité du recours à l'état de nécessité (« Il faut qu'il y ait une guerre étrangère, une insurrection à main armée ou une grève générale de fonctionnaires » — *Traité de droit constitutionnel*, T. III, p. 753).

Il ne faut pas non plus y voir une tentative de systématisation analogue à celle que l'on trouve dans le commentaire du projet allemand sur l'état de nécessité, et qui distingue entre l'état de nécessité intérieur provoqué par des événements d'ordre interne, et l'état de nécessité extérieur provoqué par des événements d'ordre international (en reprenant d'ailleurs une idée assez répandue en Allemagne (Cf. F. von der Heydte : « Staatnotstand und gesetzgebungsnotstand » dans « Verfassung und verwaltung in theorie und wirklichkeit. Fetschrift für W. Laforet 1952, pp. 59 et s. — Cf. également Konrad Hesse « Ausnahmezustaud und Grundgesetz » dans « Die offentliche Verwaltung », 1955, p. 741).

L'application d'une telle distinction pourrait donner lieu à des difficultés pratiques innombrables dans un monde où les événements nationaux et internationaux interfèrent étroitement. Cette position est au surplus sans utilité car elle n'a pas de conséquences juridiques : les effets du recours à l'état de nécessité seront les mêmes dans les deux cas. Le commentaire officiel du projet allemand, après avoir affirmé que la distinction entre état de nécessité intérieur et état de nécessité extérieur existait dans l'ensemble des démocraties occidentales est ensuite obligé de commencer chacune des études particulières à un Etat par la constatation que les textes constitutionnels ou législatifs de cet Etat ne font pas la différence entre les deux sortes de crises !

(4) Les rédacteurs de la constitution japonaise de 1889 (art. 8) y ont fait allusion (« s'il y a nécessité urgente... d'éviter des calamités publiques »), ainsi que ceux de la constitution de Rhénanie-Palatinat du 13 mai 1947 (art. III « Pour faire cesser un état d'exception provoqué par des catastrophes naturelles... »)

(5) Auxquelles appartiennent la plupart des juristes de droit constitutionnel qui ont étudié l'état de nécessité, et qui constituent la majeure partie des Etats démocratiques.

tion de l'Etat-providence est de nos jours à peu près universellement admise.

Il est bon de signaler, pour la même raison, que l'origine de la menace peut être de nature économique. Une crise économique d'une certaine ampleur, et même le mauvais fonnctionnement de tel secteur déterminé de l'activité économique qui influe sur l'ensemble de manière décisive, peuvent en particulier rendre indispensable le déclenchement de l'état de nécessité. Nous avons eu l'occasion de voir l'application de cette idée par le Président des Etats-Unis dans l'affaire des Aciéries en 1952 (6). Une menace d'origine économique ne reste d'ailleurs jamais à l'état pur dans un Etat moderne. Il s'y mêle des troubles sociaux, c'est-à-dire en fin de compte des troubles de nature politique. Duguit parlait d'une grève des fonctionnaires comme condition du recours à l'état de nécessité, mais toute grève de travailleurs privés peut menacer gravement l'Etat au point d'exiger une concentration des pouvoirs (7).

La menace dirigée contre l'Etat peut bien entendu être d'origine internationale. C'est l'hypothèse « classique » de recours à l'état de nécessité ; c'est celle qu'envisageait M. Debré dans la justification qu'il donnait de l'insertion de l'article 16 dans la constitution française du 4 octobre 1958 (8). La doctrine et les hommes politiques l'admettent d'autant mieux qu'en cas de menace d'origine internationale les citoyens sont en général portés à faire bloc derrière le titulaire des pouvoirs de nécessité qui se trouve ainsi jouir de la confiance de la quasi-unanimité des citoyens. Contentons-nous de préciser sur ce point qu'il peut y avoir menace d'origine innternationale sans pour autant que la guerre (au sens du droit international) soit effectivement déclarée. Les législations de crise ont d'ailleurs parfaitement admis cette extension.

La menace peut enfin avoir sa source dans des événements politiques d'ordre intérieur, en particulier dans une forme d'opposition violente ou armée au fonctionnement des organes constitutionnels. Les textes y font allusion lorsqu'ils parlent de la « sûreté publique menacée » ou des révoltes à main armée. L'intervention de l'armée dans la vie politique peut en particulier rendre nécessaire la concentration

---

(6) Ci-dessus, p. 58.

(7) Cette affirmation peut appeler l'objection suivante : n'est-ce pas permettre au pouvoir d'arbitrer des conflits sociaux au profit d'une classe contre une autre ? Nous répondrons que le rôle du pouvoir est précisément d'arbitrer entre les classes pour que leur affrontement éventuel ne nuise pas à l'Etat de façon irréparable. Mais nous ajouterons que l'Etat démocratique (donc le titulaire des pouvoirs de nécessité, agissant au nom de l'Etat démocratique et contrôlé démocratiquement) remplit ce rôle d'arbitrage non en faveur d'une classe mais en gardant la balance égale entre les classes (autant que faire se peut...) dans l'intérêt du plus grand nombre.

Cf. également ci-dessous, p. 251, où nous discutons du bien-fondé de l'utilisation de l'état de nécessité en cas de grève générale.

(8) Discours du Garde des Sceaux au Conseil d'Etat (*Rev. Fr. de Sc. pol.*, 1959, p. 23).

des pouvoirs étant donné que les moyens dont disposent les militaires rendent très dangereuse toute velléité d'opposition de leur part.

Tout événement d'origine politique, économique, sociale etc... qui perturbe quelque peu la tranquillité de l'Etat n'autorise pas une concentration des pouvoirs. La menace dirigée contre l'Etat, qui peut avoir n'importe quelle origine, doit présenter certains caractères pour justifier le déclenchement de l'état de nécessité.

2. — Les deux caractères requis pour qu'une menace constitue une condition de fond du déclenchement de l'état de nécessité sont la gravité et l'immédiateté (9). Là encore les textes ne le disent pas toujours expressément (10), mais ils le sous-entendent clairement ; la doctrine a reconnu, elle aussi, ces caractères.

Il faut qu'une menace présente un certain degré de gravité pour légitimer un recours à l'état de nécessité. Sans cela, l'application de l'institution deviendrait permanente, surtout dans cet « univers nerveux qui est le nôtre » (11). Mais le problème va être précisément de déterminer quel est le degré de gravité requis, et de dire dans chaque cas concret si le seuil au-delà duquel le recours à l'état de nécessité s'impose est atteint. Une fixation précise et ex-ante de ce degré est impossible.

Le plus simple serait bien sûr d'exiger plus que la seule menace : un commencement de réalisation. On pourrait ainsi concevoir que la constitution subordonne l'entrée en vigueur de l'état de nécessité à une déclaration de guerre ou à l'entrée de troupes étrangères sur le territoire. On pourrait concevoir également qu'il faille attendre que les militaires en rébellion fassent usage de leurs armes contre les forces de l'ordre, ou que la crise économique ait déjà provoqué un effondrement de la monnaie etc... L'exigence de symptômes déterminés et tangibles constituerait une limite effective aux pouvoirs de celui qui est appelé à déclencher l'état de nécessité.

Mais cette limitation serait trop effective. La fonction de l'état de nécessité en démocratie est d'éviter à la collectivité un dommage irréparable, plus grand que la mise à l'écart des principes démocratiques pour un temps. On porterait une sérieuse atteinte à la justification de l'état de nécessité si l'on exigeait que la menace se soit précisée au point que l'Etat ait déjà subi quelque dommage. Force est donc de s'en tenir à l'exigence d'une « certaine gravité ».

L'imprécision sera d'autant plus grande qu'un même événement peut, selon l'Etat où il se produit, selon le moment où il survient, compromettre gravement l'existence de l'Etat ou ne constituer au

---

(9) A vrai dire ces deux caractères sont étroitement dépendants l'un de l'autre.

(10) Seule la constitution française de 1958 emploie conjointement les deux qualificatifs.

(11) L'expression est de G. Burdeau « Traité de Science politique », T. VII, n° 167.

contraire qu'un épisode secondaire parmi les remous qui agitent inévitablement toute démocratie. La gravité d'un événement ne saurait s'apprécier uniquement par rapport à cet événement ; il faut le situer dans son contexte historique, politique, économique, social..., et le juger en fonction de ce contexte qui ne peut être à l'avance prévu dans les textes. Ce sera à l'autorité chargée de décider l'entrée en vigueur de l'état de nécessité à apprécier de manière autoritaire la gravité de la menace.

Elle devra tenir compte dans cette appréciation d'un élément particulier du degré de gravité : l'immédiateté. Tous les textes constitutionnels insistent sur cette immédiateté, la plupart du temps sous forme d'une condition dite d'urgence. L'urgence ne se confond pas avec la nécessité, mais elle est un élément de la nécessité. L'existence d'une menace grave contre l'Etat ne justifie le déclenchement de l'état de nécessité que si une riposte très rapide peut seule conjurer cette menace, ce qui empêche de faire appel à d'autres techniques de défense.

L'appréciation de l'urgence (mieux vaudrait dire de l'extrême urgence pour tenir compte de la rédaction des textes) n'est pas chose facile. Elle aussi devra être finalement laissée à la discrétion de l'organe de nécessité. On ne peut même pas le limiter par l'idée que l'immédiateté de la menace équivaut, dans une certaine mesure, à l'imprévisibilité car les deux notions ne se situent pas sur le même plan. La seconde est plutôt intrinsèque à la menace alors que la première fait intervenir un élément extrinsèque : le temps.

B. — *L'objet de la menace.*

Nous avons jusqu'ici parlé de menace contre l'Etat. Mais l'Etat n'est rien d'autre qu'un terme commode employé pour désigner globalement des objets extrêmement divers qui peuvent être menacés au point d'exiger l'entrée en vigueur de l'état de nécessité (12). Il s'agit pour nous de voir quels sont ces objets, et dans quelle mesure la détermination de chacun d'eux peut lier le titulaire des pouvoirs de nécessité. Cette mesure est pratiquement nulle.

1. — Il est tout d'abord deux sens du mot Etat qui ne sauraient prêter à controverse du point de vue qui nous occupe. La menace peut exister contre l'Etat au sens international du terme et contre l'Etat considéré comme la réunion de l'ensemble des citoyens et des nationaux.

L'état de nécessité pourra être déclenché si l'Etat-personne du droit international se trouve menacé dans son existence. C'est l'hypothèse d'une guerre internationale, ou d'une de ces situations assimilées

---

(12) Cette remarque n'implique de notre part aucune prise de position dans la querelle — d'ailleurs bien vaine à nos yeux — qui oppose partisans et adversaires de la personnalité morale. Elle ne veut être que la constatation d'une évidence.

(guerre froide, tension...). L'Etat peut être menacé par le danger que court l'un ou l'autre des éléments qui le composent d'après le droit international : une menace à l'intégrité du territoire peut justifier la concentration des pouvoirs ; l'état de nécessité peut être déclenché afin de prévenir la perte ou la réduction de l'indépendance de l'Etat dans la mesure où cette perte ou réduction n'est pas acceptée par l'Etat dans l'usage de sa libre souveraineté. Ces menaces contre l'Etat international ont provoqué la plupart des applications de l'Etat de nécessité (13).

La constitution française reprend d'ailleurs textuellement dans son article 16 l'indépendance de la Nation et l'intégrité de son territoire comme objet d'une menace éventuelle. Elle y ajoute l'exécution de ses engagements internationaux. Qu'est-ce à dire ? Il semble que, sur ce point, les rédacteurs de la constitution aient entendu tenir compte de l'importance croissante qu'a prise la notion de légitime défense collective en « application » de l'article 51 de la Charte des Nations-Unies (14). La menace qui rend possible le recours à l'état de nécessité pourra s'étendre, en vertu d'une fiction juridique résultant des traités d'assistance mutuelle, au-delà de l'Etat dans lequel se produit la concentration des pouvoirs. Le recours à l'état de nécessité pourra être déclenché si le territoire ou l'indépendance d'une puissance alliée est menacé. Cette situation, choquante à première vue, ne l'est pas si l'on songe à l'étroite solidarité que les relations internationales modernes ont créée entre les Etats.

La menace peut viser un autre élément composant de l'Etat : sa population. Il devient possible de déclencher l'état de nécessité, si c'est le seul moyen de parer au danger, dès lors qu'une partie des citoyens et des nationaux est en danger, dans leurs personnes ou dans leurs biens. Le principe n'est pas discutable ; mais les modalités d'application sont trop variables pour que l'autorité habilitée à recourir à l'état de nécessité ne dispose pas d'un très large pouvoir d'appréciation.

Les événements qui menaceront directement la population seront en général des événements d'origine naturelle (qui mettent avant tout en danger la vie des citoyens) et des événements d'origine économique (qui affectent surtout leurs biens). Une telle menace ne peut justifier l'entrée en vigueur de l'état de nécessité que si elle revêt une certaine ampleur et concerne une catégorie assez importante de citoyens pour que la réalisation d'un dommage éventuel se répercute sur la collectivité nationale dans son ensemble (15). La menace tend alors à prendre un caractère politique.

---

(13) Une grande partie de nos exemples se réfèrent à la première ou à la seconde guerre mondiale.

(14) Cf. Nguyen Quoc Dinh « La légitime défense d'après la Charte des Nations-Unies » R.G.D.I.P. 1948, p. 223.

(15) Le nombre n'est pas, en cette matière, un critère d'une valeur absolue. Il pourra se faire qu'une menace pesant sur quelques citoyens soit plus grave qu'une menace pesant sur une catégorie plus large, en particulier si ces quelques citoyens sont investis de responsabilité dans la Nation, notamment de responsabilités politiques.

2. — Certains auteurs excluent formellement la possibilité de recourir à l'état de nécessité lorsque la menace ne pèse pas directement sur l'existence de l'Etat mais concerne seulement le régime politique. Barthélémy et Duez écrivent, par exemple, que :

« la légitimité de l'excuse politique (16) réclame 1° un péril vraiment national et non simplement politique... » (17).

Une tentative de coup de force visant à renverser le régime établi ne constituerait donc pas un motif suffisant pour justifier le recours à l'état de nécessité. La défense de l'Etat excluerait la défense du régime.

L'argument — implicite — sur lequel se basent ces auteurs semble être le suivant : si l'on permet à un organe constitutionnel de concentrer tous les pouvoirs afin de défendre la constitution et le fonctionnement des pouvoirs publics, on risque que le recours à l'état de nécessité ne soit utilisé dans un but antidémocratique par les hommes au pouvoir, afin de se maintenir à la tête de l'Etat en cherchant à étouffer l'expression d'une volonté populaire contraire. Il en irait de même si la concentration des pouvoirs était utilisée pour briser, par exemple, une grève générale, surtout à but politique, qui menacerait l'autorité des hommes au pouvoir (18). L'histoire ne nous offre-t-elle pas des illustrations éclatantes d'hypothèses de déclenchement de l'état de nécessité dans un but conservateur afin d'endiguer un mouvement populaire d'émancipation ? (19).

L'objection est impressionnante. Mais on s'aperçoit en examinant les cas où le recours à l'état de nécessité a été utilisé à des fins antidémocratiques, *qu'il ne s'agissait pas d'un déclenchement de l'état de nécessité dans un Etat démocratique* ; la thèse se trouve condamnée par les exemples sur lesquels elle prétendait s'appuyer.

La défense des institutions politiques par le recours à l'état de nécessité est inacceptable lorsque le régime n'est pas démocratique (20). Mais la situation se renverse à partir du moment où les organes constitutionnels reposent sur la volonté populaire. C'est la menace contre les institutions qui devient anti-démocratique et c'est la défense des institutions qui devient démocratique. Les menaces dirigées contre les institutions démocratiques sont au fond dirigées contre la démocratie. L'insurrection ne saurait être reconnue comme un droit lorsqu'elle est dirigée contre les institutions démocratiques (21) ; seul le

---

(16) On se rappelle que ces auteurs se refusent à recevoir l'état de nécessité en démocratie.

(17) « Traité de droit constitutionnel » 1933, p. 244.

(18) Cf. la réponse du commentateur « officiel » de la constitution française de 1958 à une question portant sur l'éventualité d'un recours à l'article 16 en cas de grève (Notes et études documentaires du 11 avril 1959, n° 2530, p. 8).

(19) L'utilisation de l'article 14 de la Charte de 1814 par exemple...

(20) C'était le cas des premières applications de l'état de nécessité par les monarques constitutionnels qui voulaient sauvegarder leur absolutisme.

(21) Tout comme le droit de grève au profit des fonctionnaires dans la mesure où il est un moyen de contrainte de la minorité sur la majorité (G. Morange « Les grèves et l'Etat », D. 1947, chron. XXX, p. 117).

droit à l'insurrection contre un pouvoir non conforme à la souveraineté populaire (en réalité le droit de résistance à l'oppression) est compatible avec la démocratie. Les auteurs qui dénient la possibilité de déclencher l'état de nécessité quand les institutions sont menacées en sont restés à cette vieille conception de la démocratie militante qui cherche à triompher contre un pouvoir autocratique ou minoritaire : la démocratie d'aujourd'hui a dépassé ce stade, ou est en voie de le dépasser. La défense des institutions est devenue plus qu'un droit, un devoir.

Les applications de l'état de nécessité qui ont voulu défendre des institutions politiques démocratiques montrent bien qu'il faut inclure ces institutions parmi les objets des menaces qui légitiment le déclenchement de l'état de nécessité. Le Président Ebert mit en vigeur l'article 48 de la constitution de Weimar en 1923 pour défendre des institutions hautement démocratiques, précisément contre les menées d'un parti antidémocratique par son idéologie et ses moyens d'action. La République Fédérale allemande, dont on ne peut nier l'idéal démocratique, en a conservé le souvenir : le projet de loi sur l'état de nécessité prévoit expressément le cas d'une menace contre « l'ordre libéral et démocratique de la Fédération ou d'un Land ». La mise en application de l'article 16 de la constitution française de 1958 en avril 1961 était en harmonie avec les exigences démocratiques dans la mesure où les institutions étaient menacées par des éléments qui visaient à renverser le régime et à le remplacer par un régime autoritaire (22).

Il existe évidemment un risque : celui que les hommes au pouvoir ne voient un peu trop facilement dans une menace contre leur position personnelle une menace contre les institutions démocratiques. Il est cependant assez faible car la seconde condition de fond de l'entrée en vigueur de l'état de nécessité s'oppose à ce qu'ils aillent très loin dans cette voie.

§ 2. — *Impossibilité de faire face à la menace par le jeu normal des institutions constitutionnelles.*

Une menace contre l'Etat, si grave soit-elle, ne saurait justifier le déclenchement de l'état de nécessité si elle ne s'accompagne pas de l'impossibilité d'y faire face par le jeu normal des institutions constitutionnelles (23). L'importance de cette condition de fond se trouve mise en lumière par tous les auteurs qui ont étudié l'état de néces-

---

(22) Nous nous plaçons ici du seul point de vue de l'objet de la menace, sans préjuger du point de savoir si les autres conditions de fond et de forme étaient remplies, ni si l'utilisation ultérieure des pouvoirs que le Président de la République tenait (ou prétendait tenir...) de l'article 16 a été régulière.

(23) Une telle condition de fond se trouve déjà partiellement incluse dans l'exigence de l'immédiateté de la menace : il est d'autant plus difficile à l'Etat de se défendre par des moyens démocratiques que la menace est plus immédiate. Elle ne se confond pas avec elle cependant car on se place ici du point de vue de la riposte. Cette condition de fond a donc une autonomie propre.

sité (24) ; certains vont même jusqu'à en faire un élément essentiel de leur définition de l'état de nécessité (25). Les textes constitutionnels insistent particulièrement sur cette condition (26). Leurs auteurs y ont vu une garantie de la conformité du déclenchement de l'état de nécessité avec l'esprit de l'institution en démocratie.

Cette position s'explique par le fait que l'idée d'impossibilité de faire face à la menace par le jeu normal des institutions constitutionnelles inclut un aspect organique de nature à constituer, semble-t-il, une limite efficace à l'autorité de l'organe appelé à concentrer tous les pouvoirs. La plupart des textes ont tenté de préciser et d'accentuer le contenu de cet élément organique. Mais les conditions de fond qu'ils ont ainsi proposées se sont révélées à l'usage trop restrictives. La seule optique compatible avec l'efficacité laisse intact le pouvoir d'appréciation autoritaire du titulaire des pouvoirs de nécessité.

A. — *Le rejet des conditions proposées.*

Les rédacteurs des textes constitutionnels ont imaginé deux types de limitations destinées à empêcher l'exécutif de tenter un coup de force contre les assemblées à la faveur d'un recours à l'état de nécessité. La première est une limite rigide, la seconde une limite plus souple mais pas assez cependant pour que la sauvegarde de l'Etat n'en soit pas entravée dans certains cas.

1. — Les premières constitutions qui ont consacré l'état de nécessité ont limité son déclenchement à des périodes où les assemblées se trouvaient juridiquement hors d'état de fonctionner relativement vite.

C'est tout d'abord le cas d'une menace survenant alors que les assemblées sont dissoutes. Il se produit à ce moment une sorte de vacance du pouvoir législatif, qu'il peut être nécessaire de combler par l'octroi de l'exercice de la fonction législative à l'exécutif dans les cas urgents (27). On pourrait certes concevoir que l'assemblée dissoute soit convoquée d'urgence pour prendre les mesures qui s'imposent. Mais il serait souvent très difficile de réunir rapidement les parlementaires impliqués dans une campagne électorale ; l'assemblée dissoute n'aurait peut-être pas, au surplus, l'autorité morale suffisante pour

---

(24) Cf. par exemple Duguit « Traité de droit constitutionnel », T. III, p. 753 Barthelemy et Duez « Traité de droit constitutionnel », p. 244.

(25) Cf. les définitions de R. Hoerni et F. Castberg, citées en introduction, pp. 10 et 11.

(26) On se souvient de l'importance attachée par l'opinion publique à l'insertion d'une condition relative à l'interruption du fonctionnement régulier des pouvoirs publics dans l'article 16 de la constitution française de 1958. Nous verrons d'ailleurs ce qu'il est advenu de cette condition dans la pratique...

(27) La constitution polonaise du 17 mars 1921 prévoyait au profit du Président le droit de promulguer des décrets de nécessité « à partir de la dissolution de la Diète et du Sénat, jusqu'à réunion de la prochaine Diète... » (art. 44).

imposer des mesures de nécessité (28). Il est donc normal de prévoir le déclenchement de l'état de nécessité au cas de dissolution des assemblées parlementaires ; cela ne signifie pas qu'il faille se limiter à ce seul cas.

Il est tout aussi indispensable d'autoriser le recours à l'état de nécessité à d'autres périodes où, juridiquement, le Parlement ne siège pas : interlégislature (29) et intersessions. L'éventualité d'une menace survenant en dehors des sessions parlementaires a manifestement été à l'origine de la plupart des consécrations constitutionnelles de l'état de nécessité qui ont précédé la seconde guerre mondiale (30). La convocation d'une session extraordinaire, qui doit intervenir sans retard en tout état de cause, ne peut pas donner de résultat avant un certain délai, incompatible parfois avec l'urgence de la riposte. Le titulaire des pouvoirs de nécessité doit avoir la possibilité de devancer la réunion des assemblées et de prendre sans attendre les mesures indispensables.

Mais le problème se pose de savoir s'il convient de limiter le déclenchement de l'état de nécessité aux périodes d'intersessions. Une telle disposition constituerait en soi une garantie non négligeable du point de vue démocratique ; mais il faut la rejeter au nom de l'efficacité. Il peut se faire que le jeu normal des institutions constitutionnelles soit impuissant à faire face à la menace dans d'autres situations que les intersessions parlementaires.

2. — Les textes constitutionnels les plus récents ont tenu compte de cette idée en élargissant le droit de déclencher l'état de nécessité au cas où les assemblées ne sont pas réunies ou sont hors d'état de se

---

(28) Rien ne s'oppose en revanche à ce que les assemblées dissoutes soient réunies dès que possible pour exercer un contrôle sur l'exercice de l'état de nécessité, à titre provisoire jusqu'à réunion de la nouvelle assemblée. L'article 77 de la constitution italienne de 1948 fait au Gouvernement titulaire des pouvoirs de nécessité une obligation de convoquer les Chambres même si elles sont dissoutes. Noter en passant que c'est un argument supplémentaire pour condamner la théorie de la « mort civile ».

(29) Les interlégislatures ne soulèvent pas de problème particulier d'un point de vue juridique car il n'existe pas de solution de continuité entre l'assemblée dont le mandat arrive à son terme et l'assemblée qui lui succède. Il était cependant utile de les mentionner parce que, politiquement, (préoccupations des députés, autorité et représentativité de l'assemblée) la situation se rapproche de celle qui est créée par une dissolution. La constitution tchécoslovaque du 29 février 1920 (art. 54 11°-12°) envisageait ainsi expressément le cas des interlégislatures (pour lesquelles elle n'organisait d'ailleurs qu'une technique de substitution).

(30) Citons entre autres :

La constitution danoise du 5 juin 1915, modifiée par la loi constitutionnelle du 10 septembre 1920 (art. 25), reprenant sur ce point l'art. 25 de la constitution du 5 juin 1849.

L'article 23 de la constitution islandaise du 28 février 1920 qui sera repris par l'article 28 de la constitution du 17 juin 1944.

La constitution lettone du 15 février 1922 (art. 81).

La constitution japonaise (implicitement) du 11 février 1889, dont l'article 8 dispose que les mesures de nécessité devront être soumises à la Diète impériale *dans sa prochaine session.*

réunir. La substitution d'une constatation de fait à une situation de droit enlève une partie de l'automatisme de la limitation.

L'évolution des dispositions constitutionnelles autrichiennes est très intéressante à cet égard. Alors que la constitution de 1867 se référait exclusivement à l'intervalle des sessions, la révision constitutionnelle de 1929 (qui modifia la constitution de 1920) dispose beaucoup plus largement que le recours à une technique de substitution voisine de l'état de nécessité est possible dès lors que « le Conseil National n'est pas réuni, ne peut se réunir en temps utile ou est empêché d'exercer son activité pour une cause de force majeure ». Plusieurs textes constitutionnels se sont orientés dans une voie analogue (31), qui paraît être celle de la sagesse.

Il n'y a pas en effet nécessairement coïncidence entre une assemblée qui n'est pas en session et une assemblée qui n'est pas réunie : la seconde hypothèse est beaucoup plus fréquente que la première. Une assemblée en session ne reste pas perpétuellement réunie. Les parlementaires se dispersent dans les interséances et leur regroupement peut demander du temps. Il est donc indispensable de substituer à la notion de session celle, plus large, de réunion (32).

Mais est-ce suffisant ? Il sera souvent inutile d'aller au-delà surtout si on se contente de l'impossibilité d'une réunion immédiate, ce qui réintroduit un certain pouvoir d'appréciation de la part de l'organe de nécessité. Mais l'impossibilité de réunion des assemblées législatives en temps opportun pour édicter les mesures indispensables à la sauvegarde de l'Etat ne s'identifie pas toujours avec l'impossibilité de faire face à la menace par le jeú normal des institutions constitutionnelles ; elle n'en constitue qu'une application. Elle est trop restrictive à maints égards.

En premier lieu, une difficulté de réunion suffit parfois à empêcher les institutions de riposter avec succès à la menace qui pèse sur l'Etat. Une assemblée qui se réunit dans de mauvaises conditions —

---

(31) Saxe : constitution du 1er novembre 1920, art. 40.
Bade : constitution du 21 mars 1919, art. 56 § 2.
Hesse : constitution du 12 décembre 1919, art. 9.
Monténégro : constitution du 6 décembre 1906, art. 75.
Tchécoslovaquie : constitution du 9 mai 1948, art. 66. Ce texte a organisé une technique de substitution, mais les conditions qu'il a posées seraient applicables à l'état de nécessité. Ces conditions sont très clairement énumérées à l'al. I qui méritait d'être cité parce qu'il récapitule l'ensemble des hypothèses que nous venons d'examiner :

« Lorsque l'Assemblée Nationale ne tient pas de session :
1° parce que la session est terminée ou ajournée,
2° parce que son mandat est expiré,
3° parce qu'elle est dissoute,
4° ou finalement parce que la session est empêchée par des événements extraordinaires... »

(Ce dernier membre de phrase laisse à penser que l'emploi du terme session équivaut ici à celui de séance, la confusion provenant des aléas de la traduction).

(32) C'est la position de la majeure partie de la doctrine, notamment de Duguit et de Barthélémy et Duez précités.

de façon partielle ou sous des pressions qui aliènent une partie de la liberté de ses membres — ne disposera que d'une aptitude ou d'une autorité trop faibles pour être efficace.

En second lieu, rien ne prouve que l'assemblée réunie en temps utile puisse statuer aussi en temps utile sur les mesures nécessaires. Il pourrait se faire en effet que ce soit l'Assemblée elle-même qui ait créé la menace ou qui ait favorisé son développement ; ce serait un leurre que de compter sur elle pour l'enrayer (33). Il pourrait également se faire que l'assemblée, même bien disposée, soit dépassée par l'ampleur des mesures de riposte et que l'expression de la volonté de chaque parlementaire même réduite au minimum, ne puisse être sollicitée pour que la mesure soit votée à temps.

En troisième lieu, il n'y a pas que le fonctionnement des assemblées législatives qui doive être pris en considération. Une telle optique était compréhensible au XIX^e^ siècle ; elle ne l'est plus aujourd'hui. La plupart des cas d'impossibilité de fonctionnement des pouvoirs publics répondent sans doute à un empêchement quelconque dans le déroulement correct de la procédure législative ; mais il y a d'autres hypothèses : l'exécutif a, de nos jours, acquis une importance insoupçonnée jadis, et ce peut être sa structure normale qui le rend inapte à faire face tel quel à certaines menaces dirigées contre l'Etat (34).

Il faut donc abandonner l'idée que seule une impossibilité de réunion de l'organe législatif peut être une condition de fond de l'entrée en vigueur de l'état de nécessité. Il faut se placer dans une perspective beaucoup plus large.

B. — *L'optique à retenir.*

Il ne faut pas considérer le fonctionnement des institutions en lui-même, par rapport à une norme élaborée *in abstracto*. Ce qui compte, c'est une non-coïncidence des résultats que sont susceptibles de donner les institutions constitutionnelles fonctionnant normalement avec les résultats qu'il serait nécessaire d'obtenir pour que la sauvegarde de l'Etat soit assurée.

Mais la comparaison des résultats possibles et des résultats souhaitables sera toujours largement subjective. Aussi le caractère autoritaire du déclenchement de l'état de nécessité transparaît-il même à travers cette condition de fond qui, *a priori*, pouvait sembler présenter toute garantie d'objectivité. Les exigences d'efficacité commandent d'aller jusqu'à ces deux conséquences extrêmes : d'une part le caractère normal du fonctionnement des pouvoirs publics n'influe pas directe-

(33) Hypothèse de conjonction des extrêmes comme dans la République de Weimar par exemple...

(34) Par exemple un partage de compétence entre le chef de l'Etat et le Gouvernement en régime parlementaire.

ment sur le déclenchement de l'état de nécessité ; d'autre part le déclenchement de l'état de nécessité doit être admis même si l'impuissance de riposte résulte de l'attitude des pouvoirs publics eux-mêmes.

1. — Le recours à l'état de nécessité peut se justifier même si l'activité des organes constitutionnels n'est pas perturbée. Il pourra très bien se faire qu'une menace survienne contre l'Etat alors que les assemblées législatives sont réunies, alors que tous les membres de l'exécutif sont présents, alors que le Gouvernement jouit de l'entière confiance du Parlement, et que le recours à l'état de nécessité s'impose néanmoins parce que l'application des règles constitutionnelles prévues pour les temps de paix et de calme politique est insuffisante pour assurer la sauvegarde de l'Etat. Cette situation provient tout simplement du fait que la démocratie est un régime dont l'application demande un climat de relative sérénité. Maints exemples d'état de nécessité le montrent.

L'action des Gouvernements des démocraties occidentales avait l'appui du Parlement et de la grande majorité de l'opinion publique pendant les deux guerres mondiales. Cette conjonction de facteurs éminemment favorable à des réalisations efficientes dans un Etat démocratique a pourtant été impuissante à assurer une défense suffisante de l'Etat. Elle a certes permis dans bien des cas le recours à des techniques de substitution ; mais celles-ci n'ont pas pu faire face à toutes les éventualités, et il a fallu aller jusqu'au recours à l'état de nécessité.

L'expérience française d'avril 1961 est encore plus significative. Les réactions violentes suscitées par l'article 14 de l'avant-projet de constitution en juillet 1958 avaient conduit les rédacteurs du projet à ajouter comme seconde condition de fond de la mise en jeu de l'article 14 « l'interruption du fonctionnement régulier des pouvoirs publics ». Le Président de la République se trouva alors en avril 1961 devant le dilemme suivant : ou bien appliquer strictement cette disposition et, le Parlement, le Gouvernement et le Président de la République demeurant à leurs places respectives et en état de prendre des décisions (35), ne pas mettre l'article 16 en application ; ou bien solliciter les textes de manière abusive afin de tourner cette condition restrictive tout en paraissant respecter la lettre du texte.

Le Président de la République adopta la seconde attitude ce qui se comprenait très bien politiquement : il se trouvait alors dans l'une de ces situations types pour lesquelles l'état de nécessité (ici

(35) L'absence de M. Buron, retenu à Alger, ne pouvant tout de même pas passer pour une interruption du fonctionnement régulier des pouvoirs publics, alors surtout que la tradition parlementaire n'exige pas la présence de tous les ministres au Conseil des Ministres.

Le fait que le Président de la République ne puisse plus remplir ses fonctions de chef des armées (Legaret « Revue des Deux-Mondes », 1er juin 1961) ne paraît guère plus sérieux.

l'article 16) avait dû être institué ; une menace grave exigeant des mesures que seul un organe exécutif pouvait prendre pesait sur les institutions démocratiques de la France (36). Mais il fallut donner au mot « régulier » une place prépondérante à laquelle les rédacteurs de l'article n'avaient manifestement pas songé pour justifier cette position en droit. L'interprétation ainsi retenue vidait de tout son sens la seconde condition édictée par l'article 16 : toute menace un tant soit peu sérieuse contre l'Etat porte atteinte au fonctionnement « régulier » (ainsi entendu) des pouvoirs publics. L'entorse faite au texte constitutionnel nous paraît moins critiquable que la rédaction même du texte.

Les constituants italiens se sont montrés plus judicieux en ne faisant aucune allusion à une condition de ce genre. L'exigence d'une impossibilité de faire face à la menace par le jeu normal des institutions constitutionnelles ne résulte qu'implicitement du mode de contrôle organisé (37) et, bien entendu, de l'esprit de l'institution (38). Ce mutisme n'a rien de choquant, il est conforme aux exigences de l'efficacité.

2. — L'entrée en vigueur de l'état de nécessité est également possible quand l'impuissance des pouvoirs publics à faire face à la menace provient d'un défaut de fonctionnement qui a son origine dans l'assemblée elle-même. Une telle possibilité renferme un risque très grand pour la démocratie ; aussi faut-il délimiter très soigneusement les conditions auxquelles elle peut jouer. Deux hypothèses sont à distinguer.

La seconde condition de fond de l'entrée en vigueur de l'état de nécessité sera remplie lorsque l'organe parlementaire normalement compétent ne peut pas prendre les décisions qui s'imposent en raison de la publicité de ses débats. Le cas s'est produit en Norvège en 1923. Il était indispensable que l'Etat accorde un prêt important à l'une des principales banques privées du pays pour enrayer une grave crise économique. Un tel prêt aurait normalement exigé l'intervention du Parlement mais une assemblée, même siégeant en comité secret, n'aurait pas présenté les garanties d'un rigoureux silence qui s'imposait pour que l'affolement des citoyens ne vînt pas annihiler l'effet de la mesure. Le Gouvernement dut donc consentir lui-même les avances nécessaires, et son attitude fut ensuite déclarée justifiée, au moins sur ce point (39). Une assemblée divisée au point de ne donner naissance qu'à des majorités négatives peut également entraîner, en laissant s'accu-

---

(36) Dans les quelques heures qui ont suivi l'annonce du putsch, tout au moins.

(37) Nécessité de soumettre pour ratification les décrets de nécessité le jour même aux chambres.

(38) La constitution de Weimar était également muette sur ce point. Il en va de même des constitutions des deux cantons suisses de Berne et Thurgovie.

(39) Cf. F. Castberg « Le droit de nécessité en droit constitutionnel » in Mélanges Gidel, pp. 110-111.

muler les problèmes quotidiens, un danger tel que des mesures urgentes s'imposent. L'assemblée est par définition incapable de les prendre. Le déclenchement de l'état de nécessité se justifie alors. L'application de l'article 48 de la constitution de Weimar a ainsi été rendue nécessaire par la division et l'impuissance du Reichtag (40).

Il n'y a pas, en revanche, impossibilité de faire face à la menace par le jeu normal des institutions constitutionnelles si les mesures que l'organe de nécessité estimerait indispensables ne peuvent pas être prises par le Parlement à raison d'une volonté contraire de sa part ; la conviction du titulaire des pouvoirs de nécessité que l'organe normalement compétent ne prendrait pas les décisions les plus adéquates ne saurait justifier un recours à l'état de nécessité, sous peine d'ouvrir la porte à tous les abus. C'est la seule limite que l'on puisse apporter au caractère autoritaire du déclenchement de l'état de nécessité (41). Les textes doivent laisser intacte, autrement, la liberté subjective d'appréciation des conditions de fond et compenser par d'autres dispositions constitutionnelles les risques ainsi créés pour l'avenir de la démocratie.

L'une des compensations auxquelles on songe immédiatement consiste à édicter de sévères conditions de forme pour l'entrée en vigueur de l'état de nécessité. Dans quelle mesure est-ce compatible avec les exigences de l'efficacité ?

Section II

LES CONDITIONS DE FORME

L'importance des conditions de forme pour la sauvegarde des libertés, donc de la démocratie, n'est plus à démontrer aujourd'hui. Il est relativement facile d'en édicter de suffisamment explicites pour que leur violation apparaisse immédiatement au grand jour, ce qui est une garantie très solide de leur respect. Il était donc tentant pour les démocrates à la recherche de conditions susceptibles de réduire le caractère autoritaire de l'entrée en vigueur de l'état de nécessité de suppléer à l'imprécision des conditions de fond par la multiplication des conditions de forme. Il était en particulier tentant de renforcer les garanties démocratiques en donnant à ces conditions de forme un support organique, autrement dit en cherchant à opérer par elles une certaine séparation des pouvoirs.

---

(40) Burdeau « Traité de science politique », T. VII n° 101 et la bibliographie citée en note.

(41) Il ne s'agit même pas à proprement parler d'une limite à la mise en vigueur de l'état de nécessité puisqu'une concentration spontanée des pouvoirs qui interviendrait dans ces conditions ne serait plus un recours à l'état de nécessité : il y manquerait une condition de fond essentielle.

Deux types de conditions de forme pouvaient être envisagés à cette fin. L'un, qui consiste à subordonner l'entrée en vigueur de l'état de nécessité à l'autorisation préalable d'un autre organe constitutionnel, opère une séparation radicale du pouvoir de déclenchement. Il est non seulement incompatible avec les exigences d'efficacité, mais encore avec la notion d'état de nécessité elle-même. L'autre, qui réalise une séparation très atténuée des pouvoirs, ou même qui l'exclut totalement, est plus acceptable. Le souci de l'efficacité d'abord oblige néanmoins à limiter l'insertion de telles conditions de forme dans une mesure qu'il faudra préciser.

§ 1. — *Exclusion de toute condition subordonnant le déclenchement de l'état de nécessité à l'autorisation préalable d'un autre organe constitutionnel.*

L'exclusion de toute condition subordonnant le déclenchement de l'état de nécessité à l'autorisation préalable d'un autre organe constitutionnel semble résulter directement de la définition de l'état de nécessité. Deux points doivent cependant être éclairés à ce propos afin d'éviter toute équivoque.

Il n'y a pas état de nécessité mais technique de substitution si les mesures d'urgence ne peuvent être prises qu'avec l'approbation d'un organe constitutionnel autre que celui qui les édicte. Mais qu'en est-il de l'exigence d'un avis conforme uniquement limité au déclenchement de l'état de nécessité ?

Il faut étudier séparément, d'autre part, la situation de l'octroi des pouvoirs de nécessité au chef d'Etat parlementaire agissant sous la responsabilité des ministres. L'exigence d'un contreseing est-elle une condition de forme incompatible avec les exigences de l'efficacité ?

A. — *Exclusion de tout avis conforme.*

La demande et l'obtention d'un avis conforme émanant d'une autre autorité constitutionnelle ne sauraient être retenues comme condition de forme du déclenchement de l'état de nécessité. Une analyse juridique stricte conduit en effet à constater que la catégorie « avis » est une catégorie hétérogène, et qu'il y a une différence de nature fondamentale entre l'avis consultatif et l'avis conforme. Celui-ci n'a d'avis que le nom ; il recouvre en réalité un partage de compétence dont l'essentiel appartient finalement non à celui qui doit solliciter l'avis conforme mais à celui qui doit l'accorder ou le refuser. C'est lui qui détient la part principale du pouvoir de décision.

Il n'y a donc plus d'état de nécessité si l'auteur du déclenchement doit obtenir l'avis conforme d'un autre organe, puisque la concentration des pouvoirs n'intervient plus sur la seule décision de celui qui est appelé à en bénéficier. La remarque vaut pour tous les avis confor-

mes, qu'ils émanent d'un organe politique ou d'un organe juridictionnel.

1. — Nous avons déjà envisagé longuement le cas d'une autorisation émanant d'une assemblée sous forme de délégation législative au profit du Gouvernement (42). Nous avons vu que cette hypothèse ne rentrait pas dans le cadre de l'état de nécessité, au moins en ce qui concerne la situation de l'exécutif investi des pleins pouvoirs. Mais il est d'autres exemples d'avis conforme requis d'organismes politiques qu'il faut explicitement exclure car la confusion n'a jamais été dissipée à leur sujet.

La dictature romaine n'était pas une application de l'état de nécessité car le dictateur était nommé pour une mission de salut public par les deux consuls avec approbation du Sénat, au moins de fait. La condition de forme exigée allait même au-delà du simple avis conforme puisqu'elle comprenait la désignation du titulaire des pouvoirs de nécessité. Le rapprochement de la dictature romaine et de l'article 16 de la constitution française de 1958 trouve uniquement sa source dans l'idée d'exercice de tous les pouvoirs par un seul homme en cas de crise ; le parallèle ne saurait être poussé au-delà (43).

Il n'y aura pas non plus état de nécessité si le déclenchement de la concentration des pouvoirs est soumis à l'approbation d'une commission parlementaire ou du bureau d'une assemblée, et ce même si le Gouvernement ou le chef de l'Etat dispose ensuite de la plénitude des pouvoirs constitutionnels (44). On peut tout au plus remarquer qu'il pourrait y avoir état de nécessité au profit de cet organisme dans la mesure où il déciderait de surprendre la constitution et outrepasserait ainsi sa propre compétence sur sa seule décision dans un but de salut public. Mais cette qualification d'état de nécessité ne saurait en aucun cas s'étendre à la situation de l'exécutif.

L'exclusion de tout avis conforme sacrifie les exigences immédiates de la démocratie ; beaucoup d'auteurs s'y sont en conséquence refusé. J. Lamarque écrit que :

> « la première (garantie) c'est que ce ne soit pas un seul homme qui décide discrétionnairement du caractère anormal de la situation et soit investi des pouvoirs de crise » (45).

Et C.-J. Friedrich fait figurer parmi les « bases constitutionnelles

---

(42) Ci-dessus, pp. 101 et s. En rapprocher l'état de nécessité législative de la constitution de Bonn (ci-dessus, p. 94).

(43) Cela ressort particulièrement nettement de l'analyse de la dictature romaine par C.J. Friedrich (« La démocratie constitutionnelle », pp. 389-390).

(44) Le fait ne s'est d'ailleurs jamais produit d'un contrôle *a priori* d'une commission parlementaire ou de tout autre organe politique similaire qui se limite à la seule décision de concentration sans jouer aussi pour l'exercice des pouvoirs concentrés. Le souci démocratique qui a inspiré les techniques de substitution s'y est opposé.

(45) Article précité R.D.P. 1961, p. 595.

de la dictature » que « 2° le dictateur ne pouvait pas à son gré déclarer le caractère de gravité exceptionnelle de la situation » (46).

Mais ce sont les exigences de l'efficacité qui contraignent à ce sacrifice, donc finalement les intérêts supérieurs bien compris de l'Etat démocratique. L'autorité bénéficiaire de la concentration des pouvoirs ne pourra pas, bien souvent, solliciter et attendre l'avis conforme d'un autre organe politique sans causer à l'Etat un grave dommage. L'exiger serait une absurdité parce que cela irait à l'encontre du but fondamental de l'état de nécessité.

2. — L'intervention d'un organisme juridictionnel dans la procédure de déclenchement de l'état de nécessité ne se heurte pas à des objections aussi vives que l'intervention d'un organisme politique, même du point de vue de l'efficacité. La longueur du délai d'avis émanant d'un organisme politique est due au moins pour partie au caractère politique de cet organisme : des discussions d'opportunité, des considérations de personnes, etc... pourront venir ralentir la procédure et retarder la décision. Ces obstacles disparaissent avec un organe juridictionnel dont le pouvoir d'appréciation serait nécessairement limité à des questions juridiques (47). Il devrait borner son examen au point de savoir si les conditions de fond de l'entrée en vigueur de l'état de nécessité sont effectivement réunies, et donner automatiquement son accord dans l'affirmative.

L'exigence d'un tel avis conforme semble souhaitable d'un point de vue démocratique : l'intervention du juge est une garantie précieuse parce qu'elle émane d'un organe compétent pour interpréter des normes juridiques et défendre le droit contre l'arbitraire. L'autorité politique du titulaire des pouvoirs de nécessité en serait renforcée car elle aurait reçu la caution d'une instance juridictionnelle (48) dont l'impartialité est généralement indiscutée.

Le Comité Consultatif Constitutionnel qui examina le projet de constitution française en 1958 avait été sensible à ces arguments lorsqu'il avait amendé le futur article 16 en incluant l'exigence d'un avis conforme du Conseil Constitutionnel pour la mise en application de cet article. Sa suggestion ne fut pourtant pas retenue, à juste titre selon nous.

L'inévitable imprécision des conditions de fond de déclenchement de l'état de nécessité et l'impossibilité consécutive de limiter par elles de manière effective les pouvoirs de l'autorité qui déclenche l'état de nécessité s'applique aussi au juge. Le juge aura en fait, dans l'avis conforme qu'il sera amené à donner, à apprécier des questions d'opportunité qui, en l'espèce, seront aussi des conditions de légalité. Il

---

(46) *La démocratie constitutionnelle*, précitée, p. 389.

(47) Même si le texte constitutionnel était muet sur ce point car cela découle de la nature de la mission du juge.

(48) La plus haute de l'Etat (juridiction constitutionnelle ou à défaut juridiction suprême de droit commun).

substituera finalement sa propre appréciation des circonstances à celle du titulaire des pouvoirs de nécessité. Or le juge, dont l'origine démocratique est souvent moins directe que celle de l'organe de nécessité, est assez mal qualifié pour remplir cette tâche : il sera souvent tenté d'interpréter trop à la lettre des textes constitutionnels parfois assez mal rédigés et de refuser le déclenchement de l'état de nécessité alors que, pourtant, le salut de l'Etat est en jeu. La sauvegarde de l'Etat risquerait de s'en trouver gravement compromise.

Le facteur temps s'oppose également à l'exigence d'un avis conforme : l'attente de cet avis peut être encore trop longue quelle que soit la rapidité avec laquelle l'organe juridictionnel se réunit et se prononce. L'état de nécessité ne peut correctement remplir son rôle dans une démocratie que si la division des fonctions est réduite au strict minimum en période de crise. Ce minimum est très bas, au point que l'on peut se demander si l'exigence d'un contreseing ministériel au cas où la décision émane du chef d'un Etat parlementaire n'outrepasse pas ce minimum compatible avec les exigences d'efficacité.

B. — *Le cas de chef d'Etat parlementaire agissant avec contreseing.*

De nombreuses constitutions octroient le droit de mettre l'état de nécessité en vigueur au chef de l'Etat agissant en accord avec le Gouvernement (49) ; cet accord se manifeste par le contreseing et a pour effet de permettre ultérieurement la mise en jeu de la responsabilité du Gouvernement au cas d'exercice abusif de l'état de nécessité.

L'exigence de ce contreseing laisse-t-elle subsister un état de nécessité véritable et dans ce cas est-ce une condition de forme du déclenchement de l'état de nécessité acceptable du point de vue de l'efficacité ? La réponse affirmative ne fait aucun doute sur le premier point ; il faut se montrer plus nuancé sur le second.

1. — L'exigence d'un contreseing ne peut être assimilée à une condition de forme subordonnant le déclenchement de l'état de nécessité à l'approbation d'un autre organe constitutionnel bien qu'elle consacre une certaine division des pouvoirs (50). Elle ne fait pas perdre à la situation ainsi prévue la qualification d'état de nécessité pour des raisons à la fois juridiques et politiques.

Juridiquement, chef de l'Etat et Gouvernement sont membres d'un même « pouvoir » constitutionnel bien qu'ils constituent deux organes constitutionnels distincts, avec des compétences propres. La constitution prévoit entre eux, en temps normal, une collaboration tellement étroite qu'elle aboutit à une véritable fusion des compétences exercées

(49) Citons entre autres les constitutions autrichienne de 1867, bulgare de 1879, la constitution de Weimar, les constitutions danoise et islandaise.

(50) Le contreseing s'analysant finalement en un avis conforme donné au chef de l'Etat par un organe gouvernemental.

conjointement (51). Chef de l'Etat et Gouvernement ne sont au fond que les rameaux d'une même branche séparés par les vicissitudes de l'histoire ; cette unité de branche suffit à donner au contreseing une physionomie juridiquement différente de celle des avis conformes émanant d'une assemblée ou d'un organe juridictionnel.

Politiquement aussi, il existe une profonde unité entre le chef de l'Etat et le Gouvernement. L'expérience prouve qu'aucun Etat parlementaire ne peut vivre sous une direction bicéphale (52). Ou bien ce sera le chef de l'Etat qui détiendra la réalité du pouvoir politique, ou bien ce sera le Gouvernement. Si c'est le Gouvernement (ou son chef) — hypothèse la plus fréquente — le chef de l'Etat n'est au fond que le contresignataire d'une décision prise par le Gouvernement. Il dispose seulement d'un droit de veto qu'il n'utilisera qu'en cas d'abus vraiment manifeste, et non pour une simple question d'opportunité, étant donnée sa position politiquement secondaire. Si c'est le chef de l'Etat qui se trouve dans une position de force vis-à-vis du Gouvernement, c'est lui qui prendra la décision du déclenchement de l'état de nécessité, et il lui sera facile ensuite de découvrir un membre quelconque du cabinet disposé à apposer sa signature aux côtés de la sienne (53).

L'unité de vue entre le chef de l'Etat et le Gouvernement est donc politiquement et juridiquement assurée avec suffisamment de force pour que l'exigence d'un contreseing n'apparaisse pas comme une condition de forme radicalement incompatible avec la notion d'état de nécessité. Mais faut-il aller jusqu'à souhaiter qu'une telle condition de forme soit introduite dans les textes ?

2. — Elle ne heurte pas fondamentalement les exigences de l'efficacité puisqu'elle ne réalise pas un véritable partage de pouvoirs entre organes constitutionnels séparés. Le chef de l'Etat obtiendra facilement le contreseing dans la très grande majorité des cas, à condition toutefois que la constitution laisse une certaine souplesse quant au choix du ministre habilité à accorder le contreseing. C'est seulement au cas où le déclenchement de l'état de nécessité interviendrait alors que les conditions de fond ne sont manifestement pas remplies, qu'aucun membre du Cabinet ne voudrait cautionner une telle entreprise. La démocratie gagnerait donc à l'exigence du contreseing une garantie appréciable.

---

(51) Exercice du pouvoir réglementaire, compétences d'ordre international...

(52) Cf. Les développements de M. Duverger sur le destin de l'orléanisme dans la Rev. Fr. de Sc. pol. 1959, pp. 103 et s.

(53) On sait qu'en règle générale le régime parlementaire, au moins dans sa phase classique, se contente du contreseing d'un ministre quelconque. Lorsque c'est le contreseing du chef du Gouvernement qui est exigé, la situation du Président chef de l'Etat est presque toujours politiquement faible. Si par hasard elle est forte, elle l'est aussi à l'égard du chef du Gouvernement qui ne refusera pas son contreseing à une autorité à laquelle la constitution donne des moyens de pression souvent considérables sur le Gouvernement.

Mais cette garantie est en partie annihilée par un inconvénient que présente l'exigence d'un contreseing même à l'égard de la démocratie. La meilleure sauvegarde du principe démocratique face à un usage abusif de l'état de nécessité se trouve dans l'organisation très précise d'un contrôle conduisant à la possibilité de mettre en jeu la responsabilité de celui qui a déclenché l'état de nécessité et exercé les pouvoirs qui en découlent. Cette responsabilité sera d'autant plus fortement ressentie et constituera par conséquent un frein d'autant plus puissant qu'elle pourra être établie plus clairement. Le contreseing qui aboutit à une responsabilité par personne interposée obscurcit quelque peu le contrôle. Le chef de l'Etat sera moins prudent s'il se sent couvert par un ministre ; et le ministre acceptera peut-être de contresigner une décision qu'il n'aurait pas voulu prendre directement, parce qu'il n'en sera pas l'auteur aux yeux de l'opinion.

Le chef de l'Etat pourra d'autre part se trouver dans l'impossibilité matérielle d'obtenir le contreseing : nous pensons à l'hypothèse d'un chef d'Etat provisoirement en exil par suite d'une révolte intérieure ou d'une guerre internationale, alors que le Gouvernement est resté sur place et a été réduit à l'impuissance (54). Il vaut mieux que les constituants fassent clairement leur choix entre le chef de l'Etat ou un organe gouvernemental comme titulaire des pouvoirs de nécessité, en fonction de leurs conceptions constitutionnelles et de la situation politique du pays. Il est préférable d'éviter de créer des difficultés par l'insertion d'une condition de forme qui ne présente guère d'avantage (55). C'est là d'ailleurs un principe valable pour l'ensemble des conditions de forme d'entrée en vigueur de l'état de nécessité.

§ 2. — *Limites à l'insertion de toutes autres conditions de forme.*

Les conditions de forme de l'entrée en vigueur de l'état de nécessité ne doivent être retenues que dans la mesure où elles ne diminuent pas l'efficacité de l'action du titulaire des pouvoirs de nécessité. Cette mesure est très faible, au point que les conditions de forme ne tempéreront pas le caractère autoritaire du déclenchement de l'état de nécessité. Seules doivent être admises en effet les conditions de forme dont l'accomplissement relève exclusivement de l'autorité habilitée à concentrer spontanément tous les pouvoirs. Ceci conduit à rejeter pratiquement toute exigence d'un avis consultatif et à ne conserver que des conditions de forme d'une importance secondaire.

---

(54) On peut également évoquer le cas d'une menace survenant pendant une crise ministérielle : l'inopportunité qu'il y aurait alors à faire contresigner le déclenchement de l'état de nécessité par un ministre démissionnaire, dont la responsabilité ne peut plus être mise en jeu.

(55) Tout au plus peut-on prévoir un contreseing en précisant que le chef de l'Etat garde la possibilité de déclencher seul l'état de nécessité au cas où il lui serait impossible de faire contresigner sa décision.

A) *Le rejet pratique de tout avis consultatif.*

L'avis consultatif n'est pas en soi incompatible avec le concept d'état de nécessité. Il laisse intact la compétence exclusive de déclenchement de l'autorité habilitée à décider de la concentration des pouvoirs. Mais l'expérience montre qu'il est préjudiciable à la sauvegarde de l'Etat d'imposer à l'organe de nécessité l'obligation de solliciter l'avis d'un ou plusieurs autres organes constitutionnels. Seul l'avis consultatif facultatif peut être admis ; et c'est une condition de forme qu'il est inutile d'inscrire dans les textes.

1. — L'article 16 de la constitution française du 4 octobre 1958 est le seul texte de droit positif à mettre comme condition au déclenchement de l'état de nécessité l'intervention préventive — sous forme d'avis consultatif obligatoire (56) — d'un certain nombre d'organes constitutionnels. L'avant-projet prévoyait dès l'origine que le Président de la République devait prendre contact avec le Premier Ministre et les Présidents des assemblées avant de recourir à l'article 16. L'intervention du Comité Consultatif Constitutionnel conduisit à y ajouter l'obligation de consulter également le Conseil Constitutionnel.

Les rédacteurs de la constitution ont voulu calmer par là les appréhensions que ne devait pas manquer de susciter la consécration constitutionnelle de l'état de nécessité. L'article 16 paraît garantir la démocratie en faisant participer des personnalités représentant les trois pouvoirs à la décision d'entrée en vigueur prise par le Président de la République (57). Ces personnalités ont été choisies à la fois en raison de leur caractère représentatif et en raison de la possibilité de les consulter facilement (58).

Ces consultations savamment dosées doivent pourtant être condamnées parce qu'elles ne servent ni l'efficacité, ni la démocratie, bien au contraire. Selon les cas, elles contredisent ou les exigences de la démocratie, où celles de l'efficacité.

Dans l'hypothèse d'un déclenchement abusif de l'état de nécessité,

---

(56) L'avis consultatif obligatoire se distingue à la fois de l'avis conforme par son caractère consultatif (il ne lie pas l'autorité habilitée à déclencher l'état de nécessité) et de l'avis facultatif par son caractère obligatoire (l'autorité habilitée à déclencher l'état de nécessité ne peut opérer ce déclenchement qu'après avoir obtenu l'avis — favorable ou non, peu importe — de l'organisme consulté).

(57) Dont la constitution faisait, à en croire ses rédacteurs, un arbitre au-dessus des trois pouvoirs.

(58) Le Premier Ministre représente l'exécutif, à la fois parce qu'il est le chef du Gouvernement et parce qu'il serait trop long de consulter le Gouvernement dans son ensemble ; les Présidents de l'Assemblée Nationale et du Sénat représentent leurs assemblées respectives, dont la réunion est impossible ou demande trop de temps ; le Conseil Constitutionnel, organe juridictionnel suprême, représente les juridictions des divers ordres, tout en étant spécialisé dans les questions constitutionnelles.

les avis consultatifs obligatoires nuisent à la cause de la démocratie parce qu'ils constituent une garantie de pure façade. Si ces avis sont secrets (59), l'opinion pourra voir dans le fait de les avoir recueillis une caution apportée par les personnalités consultées au déclenchement de l'état de nécessité alors qu'en fait ces personnalités s'y sont montrées hostiles (60). Il faut aussi être certain que le choix des personnalités consultées permette bien une éventuelle opposition de leur part, c'est-à-dire que ces personnalités ne soient pas recrutées de manière telle qu'elles approuvent presque automatiquement le déclenchement de l'état de nécessité. Les consultations prévues à l'article 16 n'offrent guère de garanties de ce point de vue, au moins en ce qui concerne le Premier Ministre et le Conseil Constitutionnel (61). Enfin la multiplication des personnalités consultées qui peut en un sens se révéler bénéfique peut aussi favoriser l'autorité de celui qui déclenche abusivement l'état de nécessité si ces personnes se contredisent. La démocratie serait mieux servie, en cas de recours abusif, par l'isolement du titulaire des pouvoirs de nécessité en face de ses responsabilités.

Dans l'éventualité d'un recours à l'état de nécessité réellement exigé par les circonstances (62), les avis consultatifs obligatoires vont contredire les exigences les plus élémentaires de l'efficacité et compromettre la sauvegarde de l'État démocratique. Une telle condition de forme, même réduite à son stricte minimum (63), demandera toujours au moins quelques heures. Ces quelques heures peuvent être décisives pour le salut de l'Etat. Les conditions dans lesquelles l'article 16 a été mis en application en avril 1961 sont très révélatrices à cet égard.

Le putsch a finalement été réduit et les institutions démocratiques sauvées. Mais le succès a été obtenu malgré les conditions de déclenchement prévues à l'article 16 et non pas grâce à elles. Les bâtiments officiels d'Alger ont été investis par le premier régiment de parachutistes dans la nuit du vendredi 21 au samedi 22 avril. C'est seulement le dimanche 23 dans la soirée que l'article 16 est entré en vigueur. Le

---

(59) Ce qui est le cas, semble-t-il, des avis du Premier Ministre et des Présidents des Chambres prévus à l'article 16, au moins si on se réfère à la pratique suivie en avril 1961. Le Président de la République s'est contenté de mentionner dans sa décision qu'il avait consulté ces trois personnalités.

(60) Cet inconvénient peut être largement réduit, il est vrai, en rendant obligatoire la publication de l'avis (comme l'article 53 de la loi organique relative au Conseil Constitutionnel en décide pour l'avis de cet organe qui a trait aux conditions d'application de l'article 16). Mais cela est difficile lorsque l'avis est donné d'un point de vue exclusivement politique. Dans ce cas, il faut que les personnalités consultées fassent connaître officieusement mais publiquement leur avis pour que leur silence ne passe pas pour une approbation.

(61) Lamarque, article précité RDP 1961, p. 613 et Vedel « Cours de droit constitutionnel et d'institutions politiques » 1960-1961, p. 915.

(62) Ce qui est l'hypothèse la plus importante et qui compte seule finalement ; car on ne peut tirer un argument décisif contre une condition d'exercice de l'état de nécessité si le recours à cette institution est vicié à la base.

(63) Consultation de deux ou trois personnes qui se trouvent normalement dans l'entourage immédiat de celui qui est investi de la compétence de déclenchement.

Président de la République avait envoyé dès le 22 une lettre au Conseil Constitutionnel pour solliciter son avis sur une éventuelle application de l'article 16. Il ne reçut la réponse de ce Conseil, par l'intermédiaire de son Président, que le dimanche 23 au début de l'après-midi (64). La matinée du dimanche s'était passée pour le Président de la République en consultation avec M. Monnerville et M. Chaban-Delmas ; et c'est seulement le lundi 24 que les premières mesures prises en vertu de l'article 16 purent intervenir.

Pendant ce temps, l'insurrection s'était étendue à Alger et le Premier Ministre avait sérieusement lieu de craindre l'arrivée de parachutistes sur les aérodromes entourant la capitale. Cette arrivée ne se produisit pas, mais l'article 16 n'est à peu près pour rien dans cet heureux dénouement... (65).

Nous nous sommes attachés à décrire par le menu le film des événements de ces trois jours parce qu'il montre à l'évidence l'absurdité de l'exigence de toutes ces consultations préalables au déclenchement de l'état de nécessité. En admettant même que l'on puisse hâter un peu le déroulement des opérations, c'est au minimum une journée qui s'écoulerait entre l'éclatement de la crise et la décision de concentrer tous les pouvoirs. En ce cas, que l'on organise plutôt une technique de substitution : ce sera plus démocratique et au moins aussi efficace...

2. — Est-ce à dire que tout avis consultatif soit à rejeter dans l'édiction des conditions de forme du déclenchement de l'état de nécessité ? Non pas. Mais la sollicitation de ces avis ne doit pas s'imposer au titulaire des pouvoirs de nécessité.

L'organe de nécessité pourra toujours consulter telle personnalité qu'elle juge bon avant de déclencher l'état de nécessité. Il est même souhaitable qu'elle le fasse si cette consultation ne cause pas de retard à l'entrée en vigueur de l'état de nécessité ou si le retard qu'elle cause n'a pas de répercussion sur la sauvegarde de l'Etat et ne préjudicie pas au succès final de l'entreprise. La consultation préalable, en ce cas, peut même être un facteur d'accroissement de l'efficacité des mesures qui seront prises en application de la concentration des pouvoirs parce qu'elle augmente l'autorité de leur auteur : la caution morale des principaux personnages de l'Etat est un appui non négligeable.

Mais il ne semble pas opportun de prévoir ces consultations facultatives dans la constitution. Le silence du texte n'empêchera nullement l'auteur du déclenchement de solliciter un avis : la tradition constitutionnelle l'admet en tous autres domaines. Une disposition explicite du texte serait en revanche de nature à faire jeter injustement une suspicion sur celui qui aurait concentré les pouvoirs sans procéder aux consultations conseillées parce que cela lui aurait paru impossible

---

(64) Encore dut-il prier M. Léon Noël d'avancer de deux heures sa visite à l'Elysée, initialement prévue pour 15 heures.

(65) *Le Monde* des 23, 24 et 25 avril 1961.

ou compromettant pour le salut de l'Etat. Son autorité risquerait d'en souffrir (66).

Il en ira de même la plupart du temps pour toutes les conditions de forme qui ne dépendent que de la volonté du titulaire des pouvoirs de nécessité (67), les seules que les exigences de l'efficacité permettent de maintenir.

B) *Les conditions de forme à maintenir.*

Ces conditions de forme sont multiples parce qu'il est facile d'en imaginer à l'infini. Nous ne saurions les passer toutes en revue. Mais il est bon de parler brièvement de celles qui constituent le plus clair des conditions de forme ainsi maintenues : les conditions de publicité (68).

Le droit et la pratique français révèlent deux catégories de conditions de cette nature : la publication au Journal Officiel et le message à la Nation, duquel on peut rapprocher l'exigence d'une information immédiate des assemblées parlementaires, édictée par nombre de constitutions étrangères (69).

Le maximum de publicité relatif au déclenchement de l'état de nécessité a été assuré en avril 1961 par la voie du Journal Officiel : on trouve dans le numéro du 24 avril la décision du 23 portant mise en vigueur de l'article 16 ainsi que tous les documents annexes se rapportant à cette décision, en particulier l'avis motivé du Conseil Constitutionnel.

Quant au message à la Nation, la constitution ne prévoit pas qu'il doivent être préalable, ni même concomitant au déclenchement de l'état de nécessité : M. Duverger a même pu faire remarquer qu'il devait être postérieur au déclenchement de l'état de nécessité puisqu'il avait pour but d'informer la Nation des mesures prises (70). Ce message ne serait donc pas à proprement parler une condition du déclen-

---

(66) Tout au plus peut-on admettre une rédaction du type de celle qu'avait retenue la Saxe dans sa constitution du 1er novembre 1920 (art. 40) : « La commission intérimaire doit être entendue, *si possible*, par le Gouvernement. » On peut regretter que les constituants français ne s'en soient pas inspirés, ce qui leur était d'autant plus facile qu'il leur suffisait de transposer sur le plan constitutionnel une solution bien établie sur le plan administratif dans le cadre de la jurisprudence sur les circonstances exceptionnelles (C.E. 2 mars 1957, Commune de Port-Louis, Rec. p. 134).

(67) En ce sens non pas qu'il peut à son gré les respecter ou les violer, mais en ce sens qu'il n'a pas besoin du concours d'une autre autorité constitutionnelle pour les remplir.

(68) En nous inspirant d'ailleurs des dispositions de l'article 16 de la constitution française.

(69) Il s'agit à vrai dire de la communication des mesures de nécessité elles-mêmes plutôt que de la décision de déclenchement. Il faut néanmoins remarquer que l'information sur les mesures de nécessité implique *ipso facto* la communication de la volonté de déclencher l'état de nécessité. Cela explique que nous les mentionnions ici sans pourtant les étudier dans le détail.

(70) « Institutions politiques et Droit constitutionnel » 6e éd. 1962, p. 514.

chement de l'état de nécessité. En fait cependant, le Président de Gaulle a préparé ce message avant même que soit prise la décision de recourir à l'article 16 et il l'a prononcé dès le 23 avril au soir, montrant ainsi qu'il en faisait une véritable condition de forme de la mise en vigueur de cet article.

Les conditions de forme relatives à la publicité sont des garanties assez appréciables du point de vue démocratique. La publicité facilite le contrôle ; et nous verrons que l'essentiel de la garantie d'un usage de l'état de nécessité conforme aux fins de la démocratie réside dans l'organisation d'un contrôle très démocratique de son exercice. La publicité, et plus particulièrement la publicité par voie de message, a l'avantage de poser en termes clairs devant l'opinion le problème que devait résoudre le titulaire des pouvoirs de nécessité ; elle montre que ce titulaire a conscience de faire usage de pouvoirs exceptionnels et explique à quelles fins répond cet usage (71), (72).

Ces mesures de publicité présentent également des avantages du point de vue de l'efficacité : éclairés sur la situation critique, sur la façon dont le titulaire des pouvoirs de nécessité entend y remédier, les organes constitutionnels et administratifs et les simples citoyens obéiront aux ordres de façon beaucoup plus complète et plus rapide. L'effet psychologique des discours est indéniable dans les moments de crise (73) ; c'est un atout majeur entre les mains de l'autorité qui déclenche l'état de nécessité.

Mais l'efficacité ne sera pleinement satisfaite que si les conditions de publicité ne sont pas prévues par les textes de manière trop rigoureuse. Il faut laisser à l'organe qui concentre tous les pouvoirs le droit de laisser planer quelque temps le voile d'un certain mystère sur ses intentions, dans la mesure où cela se révélerait nécessaire (74). Les conditions de forme que nous analysons actuellement ne sont pas, en effet, nécessairement préalables au déclenchement de l'état de nécessité ; elles peuvent être seulement concomitantes, voire postérieures. Elles peuvent se confondre avec les mesures de publicité qui interviendront dans la phase suivante de l'exercice de l'état de nécessité.

Cette phase — celle de l'utilisation des pouvoirs de nécessité —

---

(71) C'est en quelque sorte un gage de bonne foi analogue à cette volonté clairement manifestée de soumettre au plus tôt les mesures de nécessité à une procédure normale dont Duguit faisait une condition essentielle de validité des décrets de nécessité (*Traité de droit constitutionnel*, t. III, p. 178).

(72) M. Duverger a agité l'épouvantail de la propagande à propos de ce message (*Rev. Fr. de Sc. pol.*, 1959, p. 114), mais on peut espérer qu'une opinion publique relativement avertie des principes démocratiques saura réagir, au besoin guidée par ceux qui auront découvert la supercherie.

(73) Cf. le discours du Président Kennedy lors de la crise cubaine en octobre 1962.

(74) La publicité devra bien entendu être ultérieurement d'autant plus éclatante qu'elle aura été plus tardive.

suit en effet de très près le déclenchement de l'état de nécessité. C'est même uniquement en fonction de cette seconde phase que les conditions du déclenchement ont un caractère autoritaire. Ce caractère est indispensable pour que puisse se réaliser la concentration et l'utilisation discrétionnaires des pouvoirs de nécessité indispensables à la sauvegarde d'un Etat qui demeure fidèle au principe démocratique.

TITRE II

LA CONCENTRATION (1) ET L'UTILISATION DISCRETIONNAIRES DES POUVOIRS DE NECESSITE

L'emploi de l'adjectif discrétionnaire risque de choquer au premier abord les démocrates qui cherchent à réglementer l'exercice de l'état de nécessité de façon à réduire au minimum les atteintes au principe démocratique. Les exigences de la démocratie ont déjà été presque entièrement sacrifiées dans la première phase de l'exercice de l'état de nécessité ; si elles doivent l'être également dans la seconde, leur triomphe final relégué dans la phase du contrôle semble par trop lointain et hypothétique. Il vaut mieux alors rejeter catégoriquement et définitivement l'état de nécessité.

Une concentration et une utilisation illimitées des pouvoirs de nécessité condamneraient l'état de nécessité sans appel. Mais l'adjectif discrétionnaire ne signifie pas illimité. Tout dépend en quel sens il est entendu. Deux acceptions sont possibles dont il ne faut retenir que la seconde.

Dans un premier sens, le sens du langage courant, discrétionnaire signifie absolu, sans limite : l'organe de nécessité pourrait concentrer et utiliser à sa guise les pouvoirs de nécessité. C'est sur ce sens large que se fondent les réflexes d'hostilité des démocrates.

Mais l'adjectif discrétionnaire peut aussi être pris dans un sens technique beaucoup plus strict, celui que lui attribue le droit administratif. Il n'est plus alors synonyme d'illimité ; il désigne simplement une certaine catégorie d'actes pour lesquels l'autorité administrative dispose d'un pouvoir d'appréciation plus large que celui dont elle jouit dans l'exercice de son pouvoir lié. Mais le pouvoir discrétion-

---

(1) Nous avons déjà parlé de concentration des pouvoirs dans notre titre I. Mais il ne s'agissait que des conditions relatives au principe de la décision de concentration. Nous étudions ici les effets de cette décision, qui constituent en eux-mêmes une concentration des pouvoirs : ils sont la réalisation effective d'une concentration que le déclenchement de l'état de nécessité comportait seulement de façon virtuelle. Concentration et utilisation des pouvoirs de nécessité sont en ce sens inséparables.

naire demeure dans un certain cadre, il reste soumis à certaines limites (2).

Nous nous référons à ce second sens lorsque nous écrivons que la concentration et l'utilisation des pouvoirs de nécessité sont discrétionnaires. La transposition des principes de droit administratif permet précisément de déterminer les conditions d'exercice de l'état de nécessité au cours de cette seconde phase de façon à assurer un juste équilibre entre les exigences de l'efficacité et les exigences de la démocratie.

Le pouvoir discrétionnaire se caractérise par l'absence de liaison quant à l'objet de l'acte et par l'existence d'une liaison quant à son but (3). Or l'absence de liaison quant à l'objet correspond à ce qu'exige l'efficacité dans cette seconde phase de l'exercice de l'état de nécessité, alors que la démocratie implique qu'une liaison demeure quant au but. L'équilibre entre la démocratie et l'efficacité sera donc assuré par des conditions d'exercice s'inspirant de ces deux éléments du pouvoir discrétionnaire.

---

(2) A. de Laubadère : *Traité élémentaire de droit administratif* 1963, n° 396 et s.
Duez et Debeyre : *Traité de droit administratif* 1952, n° 321 s.
Vedel : *Droit administratif* 1962, coll. Thémis, pp. 218-219.
Venezia : *Le pouvoir discrétionnaire*, L.G.D.J. 1959.

(3) La doctrine administrative considère que le pouvoir discrétionnaire demeure lié non seulement quant au but, mais également quant à la compétence et aux motifs (du point de vue de leur existence seulement, bien entendu). Ces deux dernières liaisons existent dans l'exercice des pouvoirs de nécessité, mais elles n'ont pas d'existence autonome. Le problème de la liaison quant à la compétence (toute relative d'ailleurs...) se rattache à l'étude du titulaire des pouvoirs de nécessité. Le problème de la liaison quant à l'existence des motifs se relie pour partie aux conditions de fond du déclenchement de l'état de nécessité et pour partie à la liaison quant au but. Le problème de la forme n'ayant en outre qu'une importance très secondaire en l'espèce, nous ne retenons ici que les deux aspects essentiels du pouvoir discrétionnaire : l'objet et le but.

CHAPITRE I

L'ABSENCE DE LIAISON DIRECTE RELATIVE A L'OBJET DES MESURES DE NECESSITE

« L'objet de l'acte administratif est l'effet qu'il produit immédiatement et directement. Il constitue la substance même de l'acte » (1). Il va être possible de préciser la portée de la concentration des pouvoirs et l'étendue de son caractère discrétionnaire en partant de cette définition très simple de l'objet de l'acte administratif et en la transposant au droit constitutionnel sous l'angle de l'utilisation des pouvoirs de nécessité. Il sera en même temps facile d'expliquer pourquoi l'efficacité exige l'absence de liaison directe relative à l'objet des mesures de nécessité.

Cette absence s'éclaire par opposition à la notion de pouvoir lié. Il y aurait pouvoir de nécessité lié quant à l'objet des décisions de son titulaire si celui-ci était limité par une détermination ex-ante et ne varietur du rapport qui unit les motifs de la mesure de nécessité à cette mesure (2). C'est l'absence d'une telle détermination qui donne à la concentration et à l'utilisation des pouvoirs de nécessité un caractère discrétionnaire.

Toute liaison entre les motifs des mesures de nécessité et leur contenu est exclue par les impératifs de l'efficacité. Les motifs, ce sont les circonstances de fait sur lesquelles s'appuie le titulaire des pouvoirs de nécessité, c'est-à-dire dans le cas présent une conjoncture née d'événements qui bouleversent le fonctionnement des pouvoirs publics et mettent l'Etat en péril. Nous avons vu qu'il était impossible de lier le pouvoir de déclencher l'état de nécessité parce qu'on ne pouvait prévoir avec suffisamment de précision les événements susceptibles de mettre en danger l'Etat démocratique. *A fortiori* sera-t-il impossible de lier les pouvoirs de l'organe de nécessité quant à l'édiction des mesures de nécessité : cela supposerait une détermination préalable des circonstances de nécessité encore plus détaillée.

---

(1) Venezia, précité, p. 19.
(2) Venezia, précité, p. 22.

L'efficacité va même plus loin que l'absence d'une liaison positive (3) qui se conçoit aisément ; elle implique même l'absence d'une liaison négative (4) qui apparaît moins évidente. Le titulaire des pouvoirs de nécessité peut prendre toute mesure indispensable au salut de l'Etat sans que le contenu de ces mesures puisse se heurter à des prohibitions directement relatives à l'objet des mesures (5).

L'organe de nécessité pourra ainsi utiliser discrétionnairement ses pouvoirs dans chacun des domaines où cette utilisation est susceptible d'être exigée par le salut de l'Etat. Il pourra exercer la fonction exécutive — ce qui soulève peu de problèmes ; il pourra s'immiscer dans l'exercice de la fonction législative — ce qui est déjà plus exorbitant par rapport au fonctionnement normal des institutions démocratiques ; il pourra enfin suspendre certaines dispositions constitutionnelles — ce qui ne va pas sans susciter d'assez vives controverses.

Section I

L'EXERCICE DE LA FONCTION EXECUTIVE PAR LE TITULAIRE DES POUVOIRS DE NECESSITE

L'exercice de la fonction exécutive semble presque une prérogative naturelle du titulaire des pouvoirs de nécessité. La fonction exécutive revêt une importance particulière en temps de crise (6), elle devient primordiale dans l'Etat. Pourtant, l'utilisation des pouvoirs de nécessité dans ce domaine n'a pratiquement jamais été ni étudiée par les auteurs, ni envisagée par les textes constitutionnels.

L'explication de ce phénomène en apparence paradoxal réside sans doute dans le fait que l'exercice de la fonction exécutive par le titulaire des pouvoirs de nécessité pose peu de problèmes du point de vue des exigences démocratiques. Le titulaire des pouvoirs de nécessité sera très souvent un organe exécutif et ne sortira donc pas, en principe, de ses compétences constitutionnelles normales en édictant des mesures de nécessité dans le domaine exécutif.

---

(3) Les textes constitutionnels relatifs à l'état de nécessité ne peuvent prescrire au titulaire des pouvoirs de nécessité de prendre telle mesure dans telle situation.

(4) Les textes constitutionnels relatifs à l'état de nécessité ne peuvent interdire au titulaire des pouvoirs de nécessité de prendre une mesure si telle situation n'est pas réalisée.

(5) Il existe bien à l'encontre du titulaire des pouvoirs de nécessité l'interdiction de prendre des mesures relevant de certains domaines, nous le verrons. Mais cette interdiction trouve sa source dans le but de l'état de nécessité, et non pas directement dans des considérations relatives à l'objet des mesures de nécessité. La liaison d'objet n'est qu'indirecte.

(6) Ci-dessus, pp. 217-218.

Il n'en ira pas toujours ainsi cependant ; l'exercice de la fonction exécutive par le titulaire des pouvoirs de nécessité pourra soulever certaines questions aux deux points de vue de la structure de l'exécutif titulaire des pouvoirs de nécessité et de la nature des mesures de nécessité exécutives.

1. — L'exécutif titulaire des pouvoirs de nécessité pourra très bien sortir de sa compétence constitutionnelle normale même dans l'édiction des mesures de nécessité exécutives ; il suffit pour cela qu'il empiète sur des compétences exécutives dévolues à d'autres organes.

Ce sera tout d'abord le cas lorsque la fonction exécutive est normalement partagée entre plusieurs titulaires et qu'un seul d'entre eux dispose des pouvoirs de nécessité. Nous pensons tout particulièrement au régime parlementaire et à son exécutif dualiste. La répartition des compétences constitutionnelles entre le Chef de l'Etat et le Gouvernement ne pourra pas être respectée en temps de crise. Il est inconcevable, par exemple, que la répartition des compétences entre le Chef de l'Etat chargé de nommer aux emplois militaires et le Gouvernement responsable de la défense nationale subsiste en cas de guerre ; cela comporterait trop de risques de contradiction, même involontaire. Les rédacteurs de la Constitution française de 1958 en ont implicitement tenu compte : la mise en jeu de l'article 16 a certainement pour effet de substituer le Président de la République au Premier Ministre dans tous les actes exécutifs que le chef de l'Etat estime concerner le salut public (7).

Il peut également arriver que les règles générales d'exercice des compétences exécutives au sein d'un même organe ou d'une même hiérarchie administrative ne soient pas respectées. L'organisation interministérielle pourrait ainsi se trouver affectée : un ministre prend seul une mesure nécessaire à la sauvegarde de l'Etat sur délégation du titulaire des pleins pouvoirs parce que l'urgence s'oppose à ce qu'il agisse conjointement avec ses collègues comme il devrait le faire normalement. La loi de déconcentration pourra d'autre part être transgressée, un ministre se substituant à un chef de service du ministère ou à un agent local au lieu de faire usage de son pouvoir hiérarchique d'injonction qui demanderait un certain délai.

Dans tous ces cas, l'organe qui empiète sur les compétences d'un autre organe réalise à son profit une concentration des pouvoirs en matière exécutive (8). Et il peut prendre toute mesure en ce domaine, quel qu'en soit l'objet.

2. — L'édiction de certaines mesures exécutives peut également constituer un dépassement de compétence même au cas où ces mesures sont par nature de la compétence du titulaire des pouvoirs de nécessité.

---

(7) Lamarque, article précité R.D.P. 1961, p. 616 et note (92).

(8) Directement si l'empiètement est l'œuvre du titulaire des pouvoirs de nécessité lui-même, indirectement s'il est le fait d'un délégué de ce titulaire.

Il suffit que le pouvoir de prendre ces mesures soit habituellement lié et que les circonstances contraignent l'organe exécutif de nécessité à le considérer comme discrétionnaire. C'est l'une des hypothèses les plus caractéristiques de l'application de la théorie des circonstances exceptionnelles et qui intéresse directement le droit constitutionnel : celle d'une mesure individuelle contraire à un texte général.

Une mesure individuelle est en effet une mesure exécutive par nature ; le titulaire des pouvoirs de nécessité exerce donc la fonction exécutive quand il en édicte en violation d'un acte réglementaire ou d'une loi. Il ne s'attribue pas l'exercice de la fonction législative dans ce dernier cas, comme il a été dit parfois : il n'y a rien de commun entre la suspension d'un texte législatif par une mesure particulière et une modification générale et permanente (9) du texte lui-même.

De telles mesures risquent d'être extrêmement fréquentes. Cela peut sembler choquant dans un Etat où les principes de légalité et d'égalité dominent toute l'action du pouvoir exécutif ; ne risque-t-on pas d'aboutir par là au plus parfait arbitraire et à compromettre l'avenir de la démocratie ? Le Président de la République française l'a peut-être craint lorsqu'il n'a pas cru devoir signer les décrets portant destitution d'officiers généraux et d'officiers supérieurs (10) sans avoir modifié auparavant la procédure de destitution par voie de décision (11). Il était peut-être bon de prendre cette décision préalable pour des raisons psychologiques, mais elle n'était pas juridiquement indispensable. L'absence de liaison directe relative à l'objet des décisions prises par l'organe de nécessité oblige à l'admettre. L'efficacité peut parfois exiger qu'une mesure individuelle, toujours plus simple à concevoir, à rédiger et à exécuter, soit prise extrêmement rapidement, sans que soit élaborée auparavant la base générale de cette mesure. Il est au surplus inutile d'obliger le titulaire des pouvoirs de nécessité à prendre une mesure générale quand peu de mesures individuelles sont réclamées par la sauvegarde de l'Etat. Aucune garantie supplémentaire n'en résulterait d'ailleurs puisque l'exercice de la fonction législative (12) par le titulaire des pouvoirs de nécessité est lui aussi dépourvu de liaison directe relative à l'objet des mesures qui s'y rattachent.

---

(9) Au moins de manière relative, car la loi elle-même n'est jamais définitive.

(10) Décret du 24 avril 1961, *J.O.* du 24 avril, p. 3877 ;
Décret du 5 mai 1961, *J.O.* du 6 mai, pp. 4184-4185.

(11) Décision du 24 avril 1961, *J.O.* du 24 avril, p. 3876. La décision est une modification générale des dispositions législatives et réglementaires en vigueur.

(12) Dont relève l'édiction des mesures générales qui portent atteinte à des lois.

Section II

L'EXERCICE DE LA FONCTION LEGISLATIVE PAR LE TITULAIRE DES POUVOIRS DE NECESSITE

L'exercice de la fonction législative par le titulaire des pouvoirs de nécessité constitue le cœur même de l'utilisation des pouvoirs de nécessité, à tel point que les auteurs qui ont consacré quelques développements à l'état de nécessité l'ont envisagé presque exclusivement sous l'angle des empiètements d'un organe exécutif sur le pouvoir législatif des assemblées (13). L'importance donnée à ce problème provient de ce que ces empiètements sont à la fois très fréquents et très graves du point de vue démocratique.

En démocratie, les intérêts vitaux de la nation sont en général régis au moins par la loi ordinaire (14). Un danger grave et immédiat qui menace l'Etat démocratique porte atteinte à peu près certainement à ces intérêts vitaux ; et il devient alors indispensable de modifier le système de protection en vigueur en fonction de ce danger accru et soudain. Mais la modification de la loi suppose toujours une procédure assez complexe, même dans une démocratie purement représentative : la loi est l'œuvre d'assemblées dont la volonté ne peut se former que dans le respect de certaines règles de procédure destinées à permettre l'expression de toutes les opinions. L'organe de nécessité devra donc utiliser souvent ses pouvoirs dans le domaine législatif.

Mais la suprématie de la loi et son élaboration par les assemblées demeure un principe fondamental en démocratie (15). Les exigences démocratiques s'opposent à l'exercice du pouvoir législatif par le titulaire des pouvoirs de nécessité que les exigences de l'efficacité rendent pourtant indispensable.

La doctrine et le droit positif ont alors tenté de concilier ces impé-

---

(13) Esmein : *Eléments de droit constitutionnel*, 8e éd., pp. 88 ss.
Duguit : *Traité de droit constitutionnel*, T. III, pp. 178 et 748.
Barthélemy et Duez : *Traité de droit constitutionnel*, p. 243.
Hauriou : *Précis de droit constitutionnel*, 2e éd., p. 449.
Certains auteurs ont bien étudié le cas de mesures individuelles contrevenant à des dispositions législatives, mais ils l'ont assimilé à l'exercice de la fonction législative.

(14) Il en va ainsi, en particulier, des dispositions relatives à l'existence des libertés publiques qui ne sauraient être garanties que par la loi, en application des dispositions constitutionnelles générales.

(15) Malgré les transformations des démocraties occidentales modernes. Cf. P. Durand : *La décadence de la loi dans la constitution de la Cinquième République* ; JCP 1959 d. 1470 et R. Maspetiol : *Le problème de la loi et ses développements récents dans le droit public français* ; Etudes et documents, 1949, p. 50.

ratifs contradictoires, sans d'ailleurs y parvenir parce que le but visé est irréalisable. Deux systèmes ont été envisagés, cherchant à apporter, le premier une limite organique à l'exercice de la fonction législative par le titulaire des pouvoirs de nécessité, le second une limite matérielle.

Nous ne reviendrons pas sur le premier type de limitation qui consiste à imposer au titulaire des pouvoirs de nécessité l'obligation de solliciter et d'obtenir l'accord d'un autre organe constitutionnel (assemblée ou commission) pour l'édiction de mesures législatives. Ces limites organiques ne se rapportent pas à l'objet des mesures de nécessité ; elles ne sont pas, au surplus, des conditions d'exercice de l'état de nécessité, mais mettent en présence d'une technique de substitution. Précisons simplement que l'exigence d'un avis seulement consultatif, mais obligatoire, nous paraît à exclure pour des raisons d'efficacité, bien qu'il soit compatible avec la définition de l'état de nécessité ; les raisons qui nous ont conduite à le rejeter à propos du déclenchement de l'état de nécessité sont *a fortiori* transposables pour l'utilisation des pouvoirs de nécessité (16).

Les limitations matérielles apportées à l'objet des mesures de nécessité sous forme d'interdiction signifiée au titulaire des pouvoirs de nécessité de modifier les lois relatives à certains domaines sont, en revanche, beaucoup plus séduisantes d'un point de vue démocratique. L'application de ce système se révèle pourtant impraticable dès que l'on examine en détail les limites proposées ; et son principe lui-même finit par sembler assez discutable.

A. — *Les limitations proposées.*

Nombre de constitutions ont décidé que certaines matières devaient demeurer en tout état de cause hors du champ des mesures de nécessité. La rédaction diffère d'un texte à l'autre, mais l'unité d'inspiration subsiste : les constituants ont estimé que certaines matières étaient si fondamentalement liées à la structure démocratique de l'Etat qu'aucune dérogation ne pouvait être admise au principe de légalité en ce qui les concerne, fût-ce pour des motifs tirés de la nécessité. Elles échappent à la concentration des pouvoirs qui s'en trouve diminuée d'autant.

---

(16) On ne peut qu'approuver les rédacteurs de la constitution française de 1958 de n'avoir pas étendu aux mesures de nécessité la consultation officielle du Premier Ministre et des Présidents des assemblées, prévue pour la mise en application de l'article 16. Le premier alinéa de cet article dispose certes que « Le Président de la République prend les mesures après consultation officielle du Premier Ministre, des présidents des assemblées ainsi que du Conseil Constitutionnel... », ce qui semble étendre la consultation au-delà du seul déclenchement. Mais l'alinéa 2 ajoute *in fine* que le Conseil Constitutionnel est consulté au sujet de ces mesures, ce qui serait totalement inutile si l'alinéa 1er étendait la consultation au contenu de ces mesures.

On doit d'ailleurs déplorer que les constituants aient maintenu la consultation du Conseil constitutionnel, qui est au fond l'organisme le plus lourd et sans doute aussi le moins compétent pour apprécier des questions de pure opportunité.

1. — Certains textes instaurent une restriction du domaine des mesures de nécessité législatives d'une manière indirecte : ils précisent dans quelles matières l'autorité de nécessité peut modifier les dispositions législatives ; cela implique *a contrario* que les autres matières lui sont interdites. L'article 48 de la constitution de Weimar avait adopté cette solution ; les constitutions de Rhénanie-Palatinat et de Bavière l'ont reprise (17) (18).

C'est beaucoup plus souvent d'une manière directe que les constitutions imposent une restriction du domaine d'exercice de la fonction législative. Elles posent en principe le droit pour un organe constitutionnel d'exercer la totalité des pouvoirs, puis elles exceptent de ces pouvoirs la fonction législative lorsqu'elle concerne certaines matières (19).

Les limites les plus fréquemment apportées à l'objet des mesures de nécessité législatives concernent le domaine financier (20) ; elles sont d'importance et de contenu variables selon les pays. L'interdiction expresse de promulguer le budget par ordonnances de nécessité se rencontre assez souvent (21). Le domaine fiscal est également fermé à l'intervention du titulaire des pouvoirs de nécessité, ce qui s'explique fort bien si l'on se réfère à l'origine fiscale du pouvoir législatif des assemblées parlementaires (22). On peut aussi considérer que

---

(17) Constitution du 13 mai 1947, art. 112.
Constitution du 1er décembre 1948, art. 48.
Même solution dans la constitution espagnole de 1876 (art. 17) et dans celle de 1931 (art. 42), ainsi que dans la loi constitutive des Cortès du 17 juillet 1943 (art. 35).

(18) Il faut d'ailleurs noter que la limitation instaurée par la constitution de Weimar n'avait rien d'absolu. Elle était restreinte aux mesures de nécessité qui auraient pu porter atteinte à des libertés fondamentales consacrées par la constitution (ce qui pose un problème quelque peu différent, cf. section III) ; l'exécutif pouvait modifier les lois réglementant certaines d'entre elles seulement, mais conservait sa pleine liberté d'intervention dans les domaines de la législation ne touchant pas aux droits fondamentaux.

(19) Le procédé n'est d'ailleurs pas limité aux seules consécrations constitutionnelles de l'état de nécessité ; il est également employé par des techniques de substitution, exactement dans le même esprit. Cela permet une transposition aisée, et conforme à une unité d'inspiration des deux techniques sur ce point.

(20) Il est une autre limite encore plus répandue, celle qui a trait au domaine constitutionnel. Elle soulève un problème différent que nous étudierons ci-dessous (section III). Nous y rattacherons les lois électorales et les lois organiques.

(21) C'était le cas de la constitution polonaise du 17 mars 1921 (art. 44) qui prévoyait également cette situation pour la loi des comptes ; c'est le cas de la constitution islandaise de 1944 (art. 28), au moins au cas où le Parlement a déjà voté le budget de l'année financière.

(22) La constitution bulgare de 1879 (art. 48) réservait expressément les contributions et les taxes de l'Etat. La constitution autrichienne de 1920 interdisait d'imposer une charge financière aux collectivités locales ou de créer des obligations financières pour les citoyens de la Fédération. Cette formule a été reprise à peu près par la constitution tchécoslovaque du 9 mai 1948 de manière à la fois plus large (« charger les finances de l'Etat ») et plus étroite (la charge ne doit pas constituer un « fardeau durable »).

l'impossibilité de toute aliénation du domaine de l'Etat (23) s'inspire d'un souci d'ordre financier analogue : elle répond soit au désir de ne pas appauvrir l'Etat dans son capital, soit à la volonté de ne pas diminuer les revenus provenant de cette origine ce qui entraînerait par voie de conséquence l'obligation d'augmenter la charge fiscale. L'article 81 de la constitution lettone du 15 février 1921 cumulait toutes les manifestations de la méfiance des constituants envers les mesures législatives de nécessité à objet financier : il énumérait les budgets et lois budgétaires, les bons du trésor, les droits de douane, les impôts, les tarifs de chemin de fer et les emprunts, soit la plus grande partie des lois financières.

La même constitution lettone ne s'en tenait d'ailleurs pas là. Elle soustrayait en outre aux pouvoirs de l'organe de nécessité les lois sur l'organisation et la procédure judiciaire, les lois d'amnistie et les lois établies par le Parlement en cours de législature (24). La constitution polonaise de 1921 exceptait les lois relatives à la répartition des compétences entre les unités territoriales autonomes, les lois fixant le montant des contingents militaires (25) et les lois de ratification des traités internationaux. La constitution autrichienne de 1920-1929 mentionnait les lois concernant le droit ouvrier, les assurances sociales et privées, le droit de coalition et la protection des locataires (26).

2. — L'accumulation de tant de barrières infranchissables par l'organe de nécessité, pourtant présenté au départ comme bénéficiaire d'une concentration de pouvoirs presque illimitée, amène à se demander si on ne passe pas, à la limite (27), de l'état de nécessité à une technique de substitution. Quelques rapprochements sont intéressants à esquisser à cet égard.

L'exercice des pouvoirs de nécessité dont l'objet est ainsi limité ne diffère pas sensiblement de celui des pouvoirs élargis dont bénéficie le Gouvernement par application de la loi sur l'état de siège ou l'état d'urgence. Sans doute la nature des pouvoirs reste-t-elle foncièrement différente dans les deux cas : l'état de siège ou d'urgence ne confère que l'exercice de pouvoirs d'ordre exécutif dont les limites légales sont simplement reculées par rapport à ce qu'elles sont en période normale alors que l'état de nécessité entraîne véritablement l'exercice d'une fonction d'ordre législatif. Mais il n'existe qu'une

---

(23) Constitutions autrichiennes de 1867 et de 1920-1929.

(24) La crainte d'un coup de force de l'exécutif contre le législatif apparaît en pleine lumière dans cette dernière disposition.

(25) Cf. dans le même ordre d'idées la constitution tchécoslovaque qui interdit d'allonger le service militaire obligatoire.

(26) On trouve dans la constitution autrichienne une trace très nette des préoccupations dont nous nous faisions écho ci-dessus pp. 247 et 251 relativement au danger d'une utilisation de l'état de nécessité pour réprimer dans un sens réactionnaire des manifestations sociales légitimes et en particulier pour briser systématiquement les grèves.

(27) Une limite d'ailleurs impossible à tracer avec précision.

différence de degré quant au contenu matériel des compétences respectives de l'organe de nécessité et du Gouvernement en vertu de l'état de siège : celles-ci sont en général plus restreintes que celles-là ; mais l'écart tend à se résorber quand la constitution multiplie les domaines interdits au titulaire des pouvoirs de nécessité.

L'analogie entre les mesures législatives prises en vertu d'une habilitation des assemblées et les mesures législatives prises par application de l'état de nécessité est encore plus évidente puisqu'il y a dans les deux hypothèses substitution d'un organe à un autre dans l'exercice du pouvoir législatif. Les limites ou domaines interdits sont certes fixés par la loi d'habilitation dans un cas, par la constitution dans l'autre. Mais le contenu de ces limites peut parfaitement être identique, voire aboutir paradoxalement à des pouvoirs plus larges au profit du Gouvernement agissant en vertu d'une loi d'habilitation du fait de la pratique parlementaire qui accorde de plus en plus des pouvoirs inconditionnels assortis seulement d'une limitation de but assez vague (28).

Il est également intéressant de noter un rapprochement assez curieux entre les limitations imposées dans le domaine législatif au titulaire des pouvoirs de nécessité et l'énumération des matières législatives qui se trouve incluse dans l'article 34 de la constitution française actuelle. A l'extrême les deux techniques se rejoignent (29) ; ce ne sont au fond que deux moyens différents d'exprimer une même règle, au moins dans ses effets à l'égard de l'organe exécutif : l'interdiction de pénétrer dans un domaine réservé au Parlement. L'inspiration en est identique : il s'agit de réserver les matières fondamentales à l'organe qui apparaît comme la meilleure expression de la volonté démocratique. La plupart des matières réservées par les textes constitutionnels que nous venons d'analyser se trouvent d'ailleurs énumérées à l'article 34, en particulier certaines matières financières et des dispositions paraconstitutionnelles (lois électorales) (30).

L'existence d'une telle analogie entre deux textes dont l'un est prévu pour les périodes normales et l'autre pour les périodes exceptionnelles peut faire naître des doutes sur la conformité du premier avec les exigences de la démocratie et sur celle du second avec les exigences de l'efficacité. Il ne nous appartient pas de nous prononcer sur le premier point, mais nous devons en revanche examiner la valeur

---

(28) Cf. pour la France le parallèle esquissé entre l'article 16 et l'article 38 de la constitution de 1958 par Leo Hamon à la RDP 1960, p. 655, alors pourtant que l'article 16 ne comporte aucune des limites d'objet que nous envisageons ici.

(29) Bien que, en un certain sens, elles semblent s'opposer puisque l'une limite les pouvoirs d'un organe exécutif (généralement titulaire des pouvoirs de nécessité) alors que l'autre limite ceux des assemblées.

(30) Cf. également la création de nouveaux ordres de juridictions et l'amnistie (à rapprocher de la constitution lettone de 1922), les principes fondamentaux relatifs aux compétences et aux ressources des collectivités locales (à rapprocher de la constitution polonaise de 1921), les principes fondamentaux relatifs au droit du travail, au droit syndical et à la sécurité sociale (à rapprocher de la constitution autrichienne).

des limitations proposées à l'exercice de la fonction législative par le titulaire des pouvoirs de nécessité.

B. — *Valeur des limitations proposées.*

La crainte des abus de pouvoir est si vive chez les démocrates qu'elle les conduit à faire preuve d'un préjugé systématiquement favorable envers n'importe quelle restriction des pouvoirs de l'organe de nécessité et à annihiler dans une large mesure tout esprit critique à leur égard. On serait donc tenté d'approuver au moins le principe d'une limitation du domaine législatif ouvert au titulaire des pouvoirs de nécessité, en laissant seulement la discussion se faire sur tel ou tel point concernant le détail de l'étendue de cette limitation.

1. — Le principe même de cette limitation semble apporter une solution à l'éternel conflit de la démocratie et de l'efficacité. Il évite les dangers pratiques de l'état de nécessité : le meilleur moyen de ne pas matérialiser un risque est d'en supprimer l'existence. En ôtant à l'autorité investie des pouvoirs de nécessité la possibilité d'en user dans les domaines législatifs les plus importants, on supprime la tentation d'en abuser. L'homme avide de pouvoir ne se lancera pas dans l'aventure si le jeu n'en vaut pas la chandelle... Et le principe d'une telle limitation est relativement en harmonie avec les exigences de la logique démocratique. Plus la matière est importante, et plus l'organe de la compétence duquel elle relève doit être représentatif.

Le détail des limitations proposées semble confirmer cette idée. Pour ne retenir que deux exemples, personne ne songerait à contester le bien-fondé de dispositions interdisant à l'organe bénéficiaire de la concentration des pouvoirs de charger les finances de l'Etat d'un fardeau durable (31) ou de modifier les lois sur la procédure judiciaire ou les lois d'amnistie... (32). D'autres interdictions sont sans doute plus discutables, mais ne serait-il pas possible de procéder à des ajustements à partir de la réflexion théorique et des enseignements de l'expérience ? Ne pourrait-on pas arriver à établir une liste-type, applicable même en l'absence de toute disposition constitutionnelle, qui tienne compte à la fois des impératifs de l'efficacité et de ceux de la démocratie ?

2. — Il serait vain d'entretenir plus longtemps ces illusions. Les difficultés pratiques sont telles que l'on est contraint de renoncer à une tentative dont le principe au surplus prête lui-même à discussion.

Remarquons d'abord que les exemples cités en faveur d'une limitation du domaine législatif ouvert au titulaire des pouvoirs de néces-

(31) Constitution tchécoslovaque précitée.
(32) Constitution lettone précitée.

sité peuvent trouver ailleurs leur justification. Ils tirent même au fond leur valeur d'idées absolument différentes (33). C'est le caractère durable de la charge qui justifie l'interdiction faite au titulaire des pouvoirs de nécessité de charger les finances de l'Etat d'un fardeau durable (34) et non pas le fait que les finances publiques soient en cause. L'intangibilité des lois sur l'organisation et la procédure judiciaires, ainsi que celle des lois d'amnistie, provient de ce que la sauvegarde de l'Etat n'exige jamais de mesures en ce domaine et non de ce qu'elles sont fondamentales pour l'ordre juridique démocratique.

La preuve en est que d'autres domaines tout aussi importants du point de vue démocratique ne peuvent absolument pas être exclus de l'objet des mesures de nécessité. Les inscrire comme tels dans le texte aurait pour seul effet de compromettre la sauvegarde de l'Etat, à moins que le titulaire des pouvoirs de nécessité ne respecte pas ces interdictions afin de remplir sa mission de salut public.

Il suffit pour s'en convaincre de confronter la plupart des limitations proposées avec ce que l'expérience révèle être exigé par la sauvegarde de l'Etat. L'interdiction d'augmenter les contingents militaires ou la durée du service militaire ne saurait être maintenue en cas de crise internationale accompagnée d'un danger d'invasion du territoire ou de destruction des centres névralgiques de production et de communication ; les lois qui réglementent l'organisation de l'armée pour le temps de paix son inapplicables en temps de guerre. On ne peut enlever au titulaire des pouvoirs de nécessité le droit de toucher à la fiscalité, aux droits de douane, aux tarifs des services publics, aux bons du trésor et aux emprunts si l'on veut qu'il puisse opérer les redressements indispensables en cas de crise économique ; il ne faut pas le priver des moyens d'action dont les pouvoirs publics disposent habituellement pour orienter l'économie et préserver son équilibre. Ce serait insensé de proclamer intangible la réglementation du droit syndical et du droit de grève lorsque l'Etat est en proie à des troubles sociaux qui paralysent l'activité du pays et recourent à des moyens violents de nature à mettre en péril les institutions démocratiques (35) (36). Et la consécration constitutionnelle devient un véritable non-sens lorsqu'elle s'accompagne de l'interdiction de modifier

---

(33) Sur lesquelles nous reviendrons plus longuement ci-dessous, Chapitre II.

(34) Encore ne faut-il pas entendre cette expression dans un sens trop étroit. Il est certain, par exemple, que la charge de la défense de l'Etat pourra peser sur les finances publiques pendant plusieurs années. Ce qui est interdit, c'est de créer une source durable de charge financière.

(35) Des risques de réaction brutale de la part des pouvoirs publics sont certes à craindre, mais il faut absolument laisser à l'autorité investie des pouvoirs de nécessité une certaine souplesse d'initiative pour intervenir à bon escient. Il est au surplus impossible de se tenir longtemps à contrecourant d'une évolution sociale irréversible, ce qui diminue les risques d'abus.

(36) De même, la décentralisation étant un élément de faiblesse pour l'Etat, l'interdiction de porter atteinte aux compétences des collectivités locales autonomes peut être lourde de conséquence pour le salut de l'Etat...

toutes les lois établies par le Parlement en cours de législature, indépendamment de leur contenu (37).

Les difficultés ne sont guère moindres si les textes s'en tiennent à des limites plus modestes. De telles limites sont nécessairement imprécises étant donné leur caractère matériel. Il sera relativement facile de dénoncer les abus lorsque des mesures de nécessité interviendront directement dans un domaine interdit. Mais ce sera beaucoup moins aisé lorsque ce domaine interdit ne sera atteint qu'accessoirement, à l'occasion d'une mesure prise à titre principal dans un domaine autorisé. Des controverses interminables risquent de s'élever (38). Le contrôle de l'état de nécessité, loin d'en être favorisé, s'en trouvera obscurci et son aspect démocratique profondément affecté.

Le principe même de telles limitations doit d'ailleurs être finalement abandonné. Il est contraire à l'esprit de l'état de nécessité et aux exigences de l'efficacité. Il est d'inspiration démocratique, or démocratie et efficacité sont inconciliables en dehors d'une perspective dynamique de l'exercice de l'état de nécessité ; elles sont donc inconciliables sur chacun des problèmes particuliers que pose cet exercice. Il faut choisir et on ne peut ici que choisir l'efficacité dans l'intérêt bien compris de la démocratie. Les lois les plus importantes pour l'Etat seront précisément celles qui devront presque toujours faire l'objet de mesures de nécessité (39).

Finalement, on ne peut que laisser à l'organe de nécessité le soin d'apprécier discrétionnairement le domaine dans lequel il exercera la fonction législative, sans fixer à son intervention des limites qui se fonderaient exclusivement sur l'objet des mesures de nécessité. Il faut s'en remettre à son sens de la proportionnalité des moyens aux fins (40) pour l'exercice de la fonction législative. De larges secteurs de l'ordre légal pourront s'en trouver bouleversés, mais il ne faut pas

---

(37) Constitution lettone précitée.

(38) Du type de celles qui ne devaient pas manquer de naître à propos de l'application de l'article 34 de la constitution française de 1958 conformément à ce qu'une partie de la doctrine avait prédit. Cf. G. Morange : *La hiérarchie des textes dans la constitution du 4 octobre* 1958, D. 1959, chron. p. 26.

J. Rivero : *Regard sur les institutions de la V^e^ République*, D. 1958, chron. p. 262.

J. L'Huillier : *La délimitation du domaine de la loi et du règlement dans la constitution du 4 octobre* 1958, D. 1959, chron. p. 173.

L. Hamon : *Les domaines de la loi et du règlement à la recherche d'une frontière*, D. 1960, chron. p. 253.

(39) Le cas est particulièrement net pour les lois financières : toute crise grave a nécessairement des répercussions sur les finances de l'Etat et oblige le titulaire des pouvoirs de nécessité à prendre des décisions en ce domaine. La pratique anglaise, pourtant tellement hostile à la réception de l'état de nécessité, admet la possibilité de dépassements irréguliers de crédits en cas d'événements extraordinaires rendant nécessaires les mesures qui ont pour effet de contraindre l'exécutif à ce dépasement ; et la doctrine l'approuve sans réserve (Anson : *Loi et pratique constitutionnelles de l'Angleterre*).

(40) Et bien entendu à la menace qui constitue la perspective du contrôle démocratique de l'état de nécessité.

reculer devant cette éventualité dès lors que le salut de l'Etat impose ce bouleversement.

L'impératif d'efficacité est même si fort qu'il doit aller jusqu'à permettre à l'autorité investie des pouvoirs de nécessité de suspendre certaines dispositions constitutionnelles.

Section III

LA SUSPENSION EVENTUELLE DE CERTAINES DISPOSITIONS CONSTITUTIONNELLES PAR LE TITULAIRE DES POUVOIRS DE NECESSITE

La situation de l'organe titulaire des pouvoirs de nécessité vis-à-vis des textes constitutionnels est l'une des questions les plus obscures parmi celles que soulèvent les conditions d'exercice de l'état de nécessité en démocratie. La doctrine est fort divisée sur le point de savoir si le titulaire des pouvoirs de nécessité est tenu de respecter la constitution (41). La jurisprudence s'abstient le plus souvent de prendre position en arguant de son incompétence en ce domaine (42) ou en usant de formules ambiguës (43). Les textes constitutionnels ne permettent pas davantage d'apporter une réponse catégorique : ou bien ils sont muets sur ce problème, ou bien ils consacrent des dispositions variables de l'un à l'autre. On se trouve en définitive soit devant des incertitudes, soit devant des solutions contradictoires.

Ces hésitations s'expliquent par le caractère extrêmement aigu du conflit entre les exigences de la démocratie et les exigences de l'efficacité. La constitution est, plus encore que la loi ordinaire, la traduction par excellence de la souveraineté du peuple ; il paraît dès lors extrêmement choquant que l'organe de nécessité dont la représentativité ne peut être garantie aille à l'encontre de la volonté populaire aussi solennellement exprimée.

L'expérience prouve cependant que bien souvent le titulaire des pouvoirs de nécessité ne peut assurer la sauvegarde de l'Etat démocratique sans prendre des mesures incompatibles avec le texte constitutionnel. Le maintien des droits constitutionnels garantis aux cito-

---

(41) Cf. l'exposé des principaux points de vue doctrinaux tout au long de cette section.

(42) Jurisprudence italienne à la fin du XIX siècle, Cf. Lamarque, article précité, RDP, 1961, p. 575.

(43) La jurisprudence grecque, catégorique entre 1936 et 1946 (elle admettait que le Gouvernement pouvait utiliser ses pleins pouvoirs en matière constitutionnelle) a ensuite fortement nuancé sa position. Ibidem, p. 575.

yens (44), en particulier, se heurtera aux exigences de défense de la société ; il serait absurde de sacrifier les secondes aux premiers, car les uns et les autres en seraient finalement compromis.

Il n'est pas extraordinaire, dans ces conditions, que la doctrine et le droit positif, sollicités aussi vivement des deux côtés, n'aient pas su choisir ou qu'ils aient choisi des orientations différentes. Mais il en résulte une situation très inconfortable du point de vue théorique parce qu'elle laisse l'esprit insatisfait et du point de vue pratique parce qu'elle entraîne de graves difficultés pour le titulaire des pouvoirs de nécessité et pour les organes investis des pouvoirs de contrôle.

L'absence de liaison directe des pouvoirs de l'organe de nécessité quant à l'objet de ses décisions permet d'apporter un commencement de solution au problème (45) ; elle permet notamment de justifier le principe de la suspension de certaines dispositions constitutionnelles et d'en définir les modalités.

§ 1. — *Le principe de la suspension.*

L'admission du principe de la suspension se heurte à des objections violentes de la part des démocrates qui soutiennent la thèse de l'intangibilité absolue de la constitution. Mais cette thèse ne résiste pas à l'épreuve de la réflexion et des faits. Il faut lui substituer une position plus rationnelle et plus souple à la fois. Celle-ci consiste, à notre avis, dans l'établissement d'une distinction fondamentale entre pouvoir de révision et pouvoir de suspension.

A. — *La thèse de l'intangibilité absolue de la constitution.*

« Ces mesures (de nécessité) ne peuvent pas être en contradiction avec la constitution » (46).

> « Aucune doctrine recélant des conséquences plus pernicieuses ne fut jamais inventée par l'esprit humain que celle qui permettrait que l'une quelconque des dispositions constitutionnelles soit suspendue en raison d'une nécessité gouvernementale » (47).

Nous commençons par citer ce texte constitutionnel et par rappeler ce passage d'une décision jurisprudentielle parce qu'ils nous

---

(44) Qui doit déjà faire l'objet, en temps normal, d'un compromis entre les impératifs de l'ordre public et les aspirations légitimes des individus à la jouissance du maximum de liberté.

(45) L'existence d'une liaison quant au but permettra de la compléter. Cf. ci-dessous, chapitre II - Section I - § I.

(46) Constitution de Hesse du 12 décembre 1919 (art. 9).

(47) Arrêt de la Cour Suprême des Etats-Unis ex-parte Milligan de 1866, cité et commenté ci-dessus, p. 57.

paraissent particulièrement typiques d'un état d'esprit très fréquent parmi les défenseurs de la doctrine démocratique. Ils révèlent non seulement une méfiance d'ordre général envers l'état de nécessité mais encore une prise de position plus précise sur les pouvoirs de l'organe de nécessité envers la constitution. La thèse de l'intangibilité de la constitution y est défendue par un raisonnement juridique (48) qui emporte des conséquences logiquement inacceptables.

1. — La thèse de l'intangibilité absolue de la constitution est justifiée à partir d'une assimilation totale entre le pouvoir de modifier la constitution et le pouvoir de la suspendre. Le raisonnement est tiré de la hiérarchie des organes constitutionnels et d'une analyse juridiquement très serrée de la notion de compétence. Il est fort simple. Lorsqu'il s'avère nécessaire d'écarter l'application d'une règle juridique, il existe deux moyens d'y parvenir : ou bien supprimer la règle elle-même (et en même temps l'obligation de s'y conformer pour les sujets de droit auxquels elle s'imposait) ou bien l'écarter simplement sur un point déterminé ou dans une hypothèse particulière (et délier celui qui bénéficie de la suspension de tout devoir d'obéissance à son égard). Ces deux moyens arrivent à un résultat identique ; cela impliquerait donc qu'ils relèvent d'organes ayant une compétence équivalente. Il serait sans cela trop facile à un organe inférieur d'empiéter sur le pouvoir direct de révision de la règle attribué à une autorité supérieure par le biais de suspensions réitérées.

Carré de Malberg a parfaitement exposé l'application de ce raisonnement à la détermination des pouvoirs de l'autorité de nécessité envers la constitution, à propos de l'expérience suisse :

> « On a, il est vrai, fait valoir que les arrêtés par lesquels l'Assemblée Fédérale autorise le Conseil Fédéral à prendre exceptionnellement et durant une période de crise, des mesures dérogeant à la constitution, n'ont pas pour effet de modifier intrinsèquement cette dernière : ils ne font que suspendre momentanément son empire. Toutefois il convient d'observer que cette suspension momentanée implique, au fond, un changement apporté à l'ordre constitutionnel en vigueur : cet ordre constitutionnel se trouve mis de côté pour un temps c'est-à-dire dans une certaine mesure et, par conséquent aussi, pour partie. L'acte qui vient suspendre la constitution équivaut ainsi à l'acte qui opère une révision partielle : les deux actes sont bien de même nature, ils supposent chez leur auteur le même pouvoir ; car l'idée de révision partielle se trouve réalisée aussi bien lorsque les textes constitutionnels sont frappés d'une mise hors fonction pour une durée limitée que lorsque l'un d'eux est remplacé par un texte nouveau.

(48) Dont le fondement ultime est toujours le respect des exigences démocratiques.

Toucher à la force supérieure de la constitution dans le temps, c'est encore lui porter partiellement atteinte » (49).

Il deviendrait ensuite extrêmement facile de montrer que tout pouvoir de révision ne saurait appartenir qu'au peuple souverain en démocratie. Le même auteur écrivait (toujours à propos de la Suisse, mais ceci est valable pour tous les Etats démocratiques) que :

> « Il est de principe en ce pays que la constitution qui doit sa perfection originaire à la sanction populaire ne peut aussi être retouchée ou modifiée qu'avec le concours et moyennant l'approbation du corps des citoyens » (50).

On ne saurait dès lors permettre à l'autorité de nécessité d'agir envers les textes constitutionnels comme elle agit envers des textes situés à des échelons inférieurs de la hiérarchie, pas même par des mesures particulières de suspension.

Cette idée qui a inspiré certains textes constitutionnels (51) pourrait, semble-t-il, servir de guide aux commentateurs des textes constitutionnels qui sont muets sur la question, en particulier la constitution italienne et la constitution française de 1958. Il serait fort possible de voir dans l'alinéa 2 de l'article 77 de la constitution italienne, surtout rapproché de l'alinéa I, une interdiction implicite de porter atteinte aux lois constitutionnelles : les décrets de nécessité « ont force de loi », ont « valeur de loi ordinaire » ; or la constitution italienne est une constitution rigide qui organise au surplus un contrôle de la constitutionnalité des lois ; les décrets de nécessité assimilés aux lois ne pourraient donc pas aller non plus à l'encontre de la constitution. Quant à l'article 16 de la constitution française de 1958, il s'est trouvé quelques auteurs, notamment M. Duverger et J. Lamarque (52) pour estimer que l'action du Président de la République devait demeurer dans le cadre de la constitution (53).

Mais ces auteurs n'ont pas tiré toutes les conséquences du principe de l'intangibilité absolue de la constitution, sans quoi ils auraient été acculés à des contradictions telles qu'ils auraient dû l'abandonner.

2. — La thèse de l'intangibilité absolue de la constitution ne peut se défendre en logique, quel que soit le contexte juridique et

---

(49) *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, T. 1, p. 611 note (24).

(50) Même référence.

(51) Outre la constitution de Hesse précitée, et plusieurs autres constitutions des pays allemands après 1919, on peut mentionner la constitution islandaise du 17 juin 1944 (art. 28) et la constitution danoise du 15 juin 1915 (art. 25).

(52) *Droit constitutionnel et institutions politiques*, coll. Themis, 6e éd., 1963, p. 515.

RDP, 1961, p. 617.

(53) Encore faut-il remarquer que l'idée est plutôt sous-jacente qu'exprimée de façon claire et sans équivoque.

Une proposition de révision constitutionnelle déposée par M. Coste-Floret à l'Assemblée Nationale le 24 octobre 1961 tend à trancher la question en interdisant toute suspension et toute révision des dispositions constitutionnelles.

politique dans lequel se trouve placé le titulaire des pouvoirs de nécessité. Elle aboutit à des conséquences absurdes en enfermant le juriste dans un dilemme dont aucun raisonnement, si subtil soit-il, ne peut le faire sortir.

Plaçons-nous d'abord dans l'hypothèse d'un recours à l'état de nécessité en l'absence de tout texte constitutionnel. Le silence de la constitution n'empêche pas que doivent s'appliquer les conditions d'exercice que nous dégageons parce qu'elles sont tirées du rôle que l'état de nécessité est appelé à remplir en démocratie. La thèse de l'intangibilité absolue de la constitution conduit donc à ce paradoxe que le titulaire des pouvoirs de nécessité est tenu de respecter un texte constitutionnel dans l'exercice de pouvoirs dont il ne dispose en fin de compte qu'à la suite d'une violation flagrante de ce même texte ! Comment concevoir qu'un texte puisse à la fois ne pas s'imposer à un organe et cependant le lier ? Aucune explication juridiquement — ni même politiquement — cohérente ne peut être apportée au fait qu'une autorité puisse bouleverser l'ordre établi par la constitution en empiétant sur la compétence des organes constitutionnels et que cet ordre soit pour elle, dans le même temps, un cadre dont elle ne peut sortir. Ce sont là deux idées incompatibles ; on ne peut les affirmer simultanément (54).

L'objection semble disparaître lorsqu'un texte constitutionnel a prévu le recours à l'état de nécessité puisque le déclenchement de cet état de nécessité intervient alors en application d'une disposition particulière du texte constitutionnel. L'organe de nécessité reste donc en tout état de cause dans le cadre constitutionnel, étant entendu seulement que les circonstances peuvent avoir fait varier le contenu de ce cadre.

Cette remarque s'avère pourtant peu pertinente à l'examen parce qu'elle se fonde sur des considérations exclusivement formelles. Il n'y a pas au fond sur ce point particulier, pas plus que d'une manière générale, de différence réelle entre l'hypothèse d'un état de nécessité déclenché sans texte et celle d'un état de nécessité prévu et réglementé par une disposition constitutionnelle.

La mise en vigueur d'une telle disposition a nécessairement pour

---

(54) On pourrait songer à faire remarquer que les deux affirmations sont en quelque sorte décalées dans le temps (sinon dans le temps réel, du moins dans le temps du raisonnement) : ce serait au stade du déclenchement de l'état de nécessité que le titulaire des pouvoirs de nécessité porterait atteinte à la constitution, ce serait au stade de l'utilisation des pouvoirs de nécessité qu'il devrait respecter les dispositions constitutionnelles. Mais les impératifs de la logique imposent qu'un texte ait une valeur immuable dans le temps, au moins tant qu'un organe compétent d'après l'ordre juridique en vigueur n'est pas intervenu pour transformer la valeur juridique du texte. On se demande en vertu de quel phénomène le texte constitutionnel pourrait perdre à un moment une part de son autorité et la retrouver pleine et entière aussitôt après, alors surtout que les deux étapes de l'état de nécessité sont en réalité si rapprochées qu'aucun organe régulièrement compétent ne peut venir changer quoi que ce soit avant que la seconde phase ne succède à la première.

effet de modifier plus ou moins la répartition des compétences entre les organes constitutionnels ainsi que les règles du fonctionnement respectif de chacun d'eux. C'est toute une partie de la constitution qui se trouve suspendue. Elle l'est sans doute en vertu de la constitution, et le droit positif ne manque pas d'offrir d'autres exemples de dérogation à tel ou tel article d'une constitution par un autre article ayant une portée plus spéciale (55). Mais l'analogie n'existe pas ici. Le déclenchement de l'état de nécessité ne porte pas atteinte aux compétences et au fonctionnement des organes constitutionnels dans une mesure déterminée à l'avance. Il contient en puissance un bouleversement dont le degré n'est pas précisé — et ne peut l'être — d'un nombre indéterminé d'articles de la constitution. C'est le titulaire des pouvoirs de nécessité qui tracera au fur et à mesure les contours des dérogations que le déclenchement de l'état de nécessité entraînera finalement dans le jeu normal des institutions. L'état de nécessité ne conduit pas à une combinaison des textes qui le prévoient avec les autres dispositions de la constitution par application des règles habituelles de solution des conflits de lois, mais à une substitution de ces textes à toutes les dispositions qui seraient en contradiction avec lui.

Il paraît dès lors difficile de concilier le fait inéluctable (56) que certaines dérogations non précisées soient apportées à la constitution par le déclenchement même de l'état de nécessité et l'affirmation que la constitution doit rester intangible pour le titulaire des pouvoirs de nécessité, alors qu'il n'existe aucune hiérarchie entre les diverses dispositions constitutionnelles.

Devant cette impasse d'ordre logique, il faut conclure à l'abandon du principe de l'intangibilité absolue de la constitution. Mais faut-il aller jusqu'à donner tous pouvoirs envers la constitution à l'organe de nécessité ? Ce serait manifestement excessif. Il semble possible d'adopter une position intermédiaire en tenant compte d'une distinction fondamentale entre la modification et la suspension de la constitution, distinction qui marquera la limite de ses pouvoirs.

B. — *La distinction fondamentale.*

Carré de Malberg a affirmé l'équivalence, voire l'identité du pouvoir de révision et du pouvoir de suspension constitutionnelles (57). Son raisonnement est impeccable du point de vue de la logique juridique formelle la plus stricte. Mais il a précisément le tort d'être mené de ce seul point de vue et de ne pas tenir compte de la réalité profonde des choses.

L'analyse d'une compétence ne peut s'effectuer en faisant abstraction du contexte social et politique dans lequel cette compétence est

(55) En application de l'adage « specialia generalibus derogant ».
(56) Et accepté quand la réception de l'état de nécessité est admis.
(57) Ci-dessus, p. 289.

appelée à s'exercer, et en particulier du but auquel répond son attribution. Or, le pouvoir de suspendre la constitution et le pouvoir de la réviser s'opposent résolument de ce point de vue bien qu'ils aboutissent formellement au même résultat sur un point déterminé, à un moment donné.

Le pouvoir de réviser la constitution, pouvoir constituant dans le plein sens du terme, est vraiment l'exercice d'un pouvoir souverain par excellence (58). Faire œuvre de révision constitutionnelle, c'est faire œuvre constructive. La révision constitutionnelle a un effet durable, elle vise à instaurer un ordre constitutionnel nouveau (sur les points où elle est intervenue) jusqu'à ce qu'une modification nouvelle soit rendue indispensable par une transformation nouvelle, profonde et durable, de la vie politique du pays. L'exercice du pouvoir de révision constitutionnelle coïncide, dans l'esprit de celui qui le met en œuvre, avec une modification de l'infrastructure politique dans laquelle il trouve sa raison d'être. Le pouvoir de révision de la constitution apparaît ainsi comme un pouvoir propre, originaire et inconditionné (59).

Le pouvoir de suspension d'une ou plusieurs dispositions constitutionnelles, même indéterminées, présente les caractères diamétralement opposés. C'est bien aussi une compétence relative à des normes de valeur constitutionnelle, mais celui qui l'exerce fait plutôt une œuvre à caractère négatif et dans une certaine mesure destructive, puisqu'il supprime momentanément l'application de l'ordre juridique établi sans remplacer cet ordre par un autre ordre de même valeur. La suspension d'une disposition constitutionnelle ne procède pas d'une volonté tournée vers l'avenir (60). Il n'y a chez celui qui suspend une règle constitutionnelle ni l'intention ni le pouvoir de prendre des mesures à effet durable, la situation qu'il veut créer est une situation provisoire. Elle répond à un changement des conditions extrinsèques de l'exercice du pouvoir, mais ce changement est un phénomène passager, un phénomène de conjoncture et non un bouleversement des structures. Le rétablissement de la situation politique normale ne sera nullement la création d'institutions nouvelles mais un retour à l'ordre juridique antérieur qui avait été simplement suspendu et non détruit définitivement.

Ce serait certes excessif de dire que la suspension d'une disposi-

---

(58) Dans une conception positiviste du droit, à tout le moins.

(59) Les règles de procédure posées par la constitution pour son exercice n'ont elles-mêmes qu'une valeur relative qui s'impose aux pouvoirs constitués lorsqu'ils sont appelés à prendre part à l'exercice du pouvoir de révision, mais qui ne peut jamais lier le titulaire ultime du pouvoir constituant. On peut ainsi affirmer par exemple à la fois que le déclenchement du referendum d'octobre 1962 en France est constitutionnellement irrégulier, mais que le texte adopté par le peuple français est juridiquement valable car il émane du souverain et est en quelque sorte absout de son inconstitutionnalité originelle, sous réserve cependant d'avoir obtenu l'approbation de la majorité absolue des inscrits.

(60) Ou alors il s'agit d'un avenir si immédiat qu'il équivaut à un présent.

tion constitutionnelle n'est qu'une application de l'ordre constitutionnel auquel appartient la disposition en cause ; mais on doit reconnaître que le pouvoir de suspension n'est qu'un pouvoir dérivé par rapport au pouvoir qui a élaboré la constitution et qui est chargé éventuellement de la modifier. C'est un pouvoir dans une certaine mesure conditionné.

Aussi n'apparaît-il pas choquant de reconnaître au titulaire des pouvoirs de nécessité le droit d'exercer ce pouvoir conditionné (61). Cela paraît autant justifié que pour les fonctions exécutive et législative dès lors que la suspension des dispositions constitutionnelles en cause s'avère indispensable à la sauvegarde de l'Etat démocratique. Le fait qu'une disposition soit constitutionnelle ne doit pas la mettre pour autant hors de portée de la concentration des pouvoirs. Celle-ci demeure dispensée de liaison directe quant à son objet ; elle reste discrétionnaire.

Ne serait-il pas opportun cependant d'aménager les modalités de la suspension des dispositions constitutionnelles de façon que le titulaire des pouvoirs de nécessité rencontre tout de même des limites d'objet dans l'exercice de son pouvoir de suspension ? Nous avons rejeté ces limites dans le domaine législatif ; ne faut-il pas les admettre dans le domaine constitutionnel ?

§ 2. — *Les modalités de la suspension.*

Les questions qui se posent à propos des modalités pouvant affecter la suspension de certaines dispositions constitutionnelles par le titulaire des pouvoirs de nécessité sont relativement nombreuses et diverses, et nous aurons à en évoquer brièvement quelques-unes au début de ce paragraphe. Mais elles se résolvent somme toute assez facilement, à l'exception d'une seule qui constitue le problème essentiel des modalités de la suspension. Le débat se ramène une fois de plus au caractère discrétionnaire de l'utilisation des pouvoirs de nécessité en ce domaine, et plus précisément au point de savoir s'il n'existerait pas une liaison d'objet à cette utilisation.

Contentons-nous d'indiquer rapidement quelles sont les modalités d'ordre formel et organique : elles ne se différencient pas pratiquement de celles que nous avons relevées pour l'exercice de la fonction législative et se déterminent par analogie avec elles.

La suspension peut intervenir de façon explicite ou de façon implicite. Elle sera explicite quand l'organe de nécessité prendra soin de délimiter dans la décision de déclenchement l'étendue des pouvoirs qu'il entend s'approprier aux détriments d'un autre organe

---

(61) La doctrine française l'admet en général en ce qui concerne l'étendue des pouvoirs détenus par le Président de la République en vertu de l'article 16.

Cf. J.-L. Quermone : *L'article 16 et la défense de la République.* Revue de l'Action populaire, juin 1961, p. 701.

L. Hamon : *Vie et droit parlementaires,* RDP, 1960, p. 655.

constitutionnel (62). Elle sera également explicite, outre ce cas fort rare en pratique, lorsque l'organe de nécessité édictera ultérieurement une mesure de portée générale dont l'objet sera de proclamer la suspension de telle ou telle disposition constitutionnelle (63). La suspension sera implicite quand le titulaire des pouvoirs de nécessité modifiera une loi destinée à mettre en application un texte constitutionnel ou prendra une série de mesures exécutives dans un sens qui implique le non-respect d'une disposition constitutionnelle (64 et 65).

Mentionnons également pour mémoire que la suspension d'une ou plusieurs dispositions constitutionnelles doit être le fait de l'organe de nécessité agissant seul. L'efficacité risquerait d'être compromise s'il fallait attendre l'intervention d'un autre organe et obtenir son approbation. Il suffit de se reporter aux arguments que nous avons fait valoir en ce sens pour l'exercice de la fonction législative : le problème se pose exactement dans les mêmes termes.

Nous ne pouvons pas trancher aussi facilement, en revanche, le problème posé par les tentatives de limitation de l'objet des dispositions constitutionnelles qui peuvent être suspendues par l'autorité de nécessité. L'analogie avec les limitations d'objet dans le domaine législatif est certaine, mais des considérations propres au caractère constitutionnel des normes doivent être examinées. La question est la suivante : n'y a-t-il pas certaines dispositions de la constitution qui doivent demeurer intangibles pour le titulaire des pouvoirs de nécessité non parce que ce sont des dispositions de nature constitutionnelle (66), mais parce que leur contenu est tel qu'il s'oppose à toute suspension, en particulier du fait de leur importance politique, philosophique ou psychologique ? (67).

Des limitations d'objet au pouvoir de suspension des dispositions constitutionnelles ont été édictées par le droit positif et proposées par la doctrine. L'inspiration des unes et des autres était voisine au départ : il s'agissait de mettre hors d'atteinte de toute possibilité de suspension certains articles de la constitution dont le contenu présentait une importance particulière au regard de la mise en œuvre

---

(62) Ou même simplement lorsqu'il mentionnera qu'il entend se substituer à un organe dans l'exercice de l'une ou l'autre de ses fonctions.

(63) En particulier de la garantie constitutionnelle des libertés publiques.

(64) Par exemple des mesures d'internement administratif qui constituent une série de violations du principe de l'habeas corpus anglo-saxon ou de son équivalent continental.

(65) Le cas de suspension implicite se rencontrera beaucoup plus souvent en pratique. L'organe de nécessité ira directement à l'essentiel dans la confusion du moment, et cet essentiel est constitué bien plus par des mesures d'application que par l'énoncé d'un principe général. L'effet d'une proclamation de suspension constitutionnelle risque d'autre part d'être psychologiquement déplorable et de déclencher un mouvement de méfiance de nature à compromettre l'autorité du titulaire des pleins pouvoirs à un moment où il en a particulièrement besoin.

(66) Ce qui constituait précisément le problème examiné au § 1.

(67) L'importance juridique est hors de cause puisque nous ne pouvons qu'admettre l'identité de valeur entre toutes les dispositions constitutionnelles.

de l'idéologie démocratique. Le droit positif et la doctrine ont cependant divergé très vite à partir de cette inspiration commune : des méthodes différentes ont conduit assez curieusement à des résultats presque totalement opposés, mais tout aussi critiquables.

A. — *Le rejet des limitations édictées par le droit positif.*

1. — Les constitutions qui ont tenté de définir le domaine constitutionnel ouvert au pouvoir de suspension de l'organe de nécessité ont procédé par énumération limitative de ce qui était permis contrairement à la technique généralement employée pour les limitations d'objet relatives à l'exercice de la fonction législative. On comprend que les rédacteurs des textes constitutionnels aient choisi le système de l'autorisation de préférence à celui de l'interdiction : les textes constitutionnels sont à la fois moins nombreux et plus élevés dans la hiérarchie des normes juridiques. La faiblesse de leur importance quantitative rendait possible une énumération positive que la force de leur importance qualitative rendait souhaitable aux yeux des défenseurs d'une limitation d'objet en ce domaine.

L'Espagne semble la terre d'élection de ce procédé : il était déjà inclus dans la constitution monarchique du 30 juin 1876 (68) et il a été repris par la constitution républicaine du 9 décembre 1931 (art. 42) ; il a survécu dans son principe à l'instauration de la loi constitutive des Cortès du 17 juillet 1945 dont l'article 35 prévoit :

> « L'application des dispositions contenues dans les articles 12-13-14-15-16 et 18 pourra être suspendue temporairement en totalité ou en partie par un décret-loi du Gouvernement lequel fixera limitativement la portée et la durée d'une telle mesure. »

C'est cependant l'article 48 de la constitution de Weimar qui est le plus célèbre à cet égard : son alinéa 2 qui donnait au Président du Reich le droit de concentrer tous les pouvoirs en cas de menace contre la sécurité et l'ordre public se terminait par cette disposition expresse :

> « Dans ce cas, il (le Président) peut, sous forme provisoire, suspendre les droits fondamentaux fixés par les articles 114-115-117-118-123 et 153, entièrement ou en partie. »

Ce texte a eu un certain retentissement puisque deux au moins des lander qui ont élaboré leur constitution après 1946 ont repris des règles similaires au profit du Gouvernement (69).

---

(68) Art. 17. En principe, c'est une loi qui doit opérer la suspension mais le Gouvernement peut la décréter en l'absence des Cortès.

(69) Constitutions de Rhénanie-Palatinat du 13 mai 1947 (art. 112) et de Bavière du 1er décembre 1946 (art. 48).

Ces articles ont été insérés dans les constitutions de pays qui sortaient d'un régime autoritaire et dont les constituants manifestaient une volonté certaine d'adopter des institutions démocratiques (70) ou désiraient au moins en donner l'illusion (71). On peut voir là le signe du souci démocratique qui est à leur base. Le fait que la constitution énumère les textes constitutionnels qui peuvent être suspendus par le titulaire des pouvoirs de nécessité vaut en effet interdiction de suspendre les autres (72).

Il faut cependant apporter un correctif à cette idée : le refus de reconnaître à l'organe de nécessité la possibilité de suspendre des dispositions constitutionnelles non autorisées ne peut s'étendre aux suspensions qui seraient la conséquence directe et nécessaire (73) du déclenchement de l'état de nécessité ; la réception de l'état de nécessité serait sans cela dénuée de portée pratique (74).

2. — Cette remarque contient l'amorce d'une critique logique contre les limitations adoptées par le droit positif : on se trouve en effet devant l'hypothèse difficilement concevable pour le raisonnement d'un texte dont les dispositions ont une valeur inégale au moins en ce qui concerne leur autorité vis-à-vis du titulaire des pouvoirs de nécessité.

Cette contradiction logique ne peut être résolue ni par une distinction des deux phases de l'état de nécessité, déjà évoquée (75), ni par la possibilité de fixer à l'avance l'étendue du pouvoir de suspension de l'organe de nécessité. L'interdépendance étroite des diverses dispositions constitutionnelles (76) fait que la suspension d'un article autorisé se répercute sur d'autres qui sont déclarés intangibles. Le dilemme est alors le suivant : ou bien étendre à ces dispositions connexes le pouvoir de suspension reconnu pour les dispositions principales, ou bien maintenir leur application en tout état de cause. La constitution est méconnue dans les deux cas, soit que l'organe de nécessité franchisse une limite impérative et aille contre la lettre du texte (77), soit que la portée de l'autorisation constitutionnelle de

---

(70) Constitutions allemandes.

(71) Espagne. Il se peut d'ailleurs que Franco ait été sincère à cette époque...

(72) Une précision du type de celle de la constitution de Rhénanie-Palatinat (« les autres droits fondamentaux ne peuvent être touchés ») est totalement superflue ; elle ne peut que servir à corroborer notre interprétation.

(73) Au sens le plus fort du terme, qui exclut toute possibilité d'échapper à ce lien.

(74) Par exemple, l'organe de nécessité qui utilise son pouvoir de modification des lois par ordonnance suspend par là-même les dispositions constitutionnelles qui réservent au Parlement (implicitement ou explicitement) le monopole de l'exercice de la fonction législative.

(75) Ci-dessus, p. 291.

(76) En particulier de celles qui proclament la reconnaissance des libertés publiques avec celles qui en établissent les garanties organiques et formelles.

(77) Et lui fasse perdre une bonne part de son utilité.

suspension et son efficacité se trouvent diminuées, ce qui est contraire à l'esprit du texte.

Les limitations d'objet relatives à la suspension de certaines dispositions constitutionnelles par l'organe de nécessité se heurte également à une autre objection, d'ordre pratique : l'énumération, étant limitative, risque de s'avérer trop restrictive dans certains cas.

Le droit positif prend sans doute la précaution de reconnaître le pouvoir de suspension à l'encontre de dispositions qui garantissent aux citoyens un ensemble de libertés publiques dont la jouissance est incompatible avec les exigences de la défense de l'Etat en temps de crise. Mais les libertés dont la suspension est autorisée par les textes varient d'une époque à l'autre (78) et d'un pays à l'autre (79). La confrontation des constitutions qui adoptent ce genre de limitations montre que l'unanimité ne s'est faite que sur la suspension de deux libertés : la liberté de réunion qui comporte évidemment de graves risques de perturbation de l'ordre public à une époque de troubles politiques et sociaux, et le secret des correspondances dont la violation peut être indispensable en temps de guerre pour lutter contre les activités d'espionnage (80). Il y a divergence entre les différents textes pour les autres libertés (81). Ces divergences laissent sceptique sur la valeur du système.

On peut à la rigueur comprendre qu'une liberté telle que la liberté d'association (82) et encore mieux le droit de propriété (83) soient proclamés intangibles pour le titulaire des pouvoirs de nécessité parce que leur jouissance dans le cadre des lois est rarement dangereuse pour l'Etat. Mais on ne peut admettre que la liberté de domicile ou la liberté individuelle sous toutes ses formes doivent être respectées en tout état de cause par l'organe de nécessité. Il nous semble au contraire que ces libertés sont la source des plus grands périls pour l'Etat (84). Leur exclusion des pouvoirs de suspension ne permet plus

---

(78) En Espagne, la loi constitutive des Cortès de 1945 a ajouté la suspension de la garantie du secret postal à la liste établie par la constitution monarchique de 1876.

(79) La constitution de Bavière énumère les libertés de réunion, d'expression de l'opinion de la presse et le secret postal. La constitution de Rhénanie-Palatinat en retranche la liberté de la presse (à moins de l'inclure dans la liberté d'expression de l'opinion, cf. note 80) et y ajoute les libertés d'association et d'aller et venir.

(80) La liberté d'opinion peut, elle aussi, être suspendue en vertu de tous ces textes ; mais le contenu de cette liberté est quelque peu imprécis — source de difficultés supplémentaires — en particulier sur le point de savoir s'il faut y inclure ou non la liberté de la presse.

(81) Le plus libéral pour le titulaire des pouvoirs de nécessité et le plus sévère pour les citoyens étant à cet égard l'article 48 de la constitution de Weimar.

(82) Dont la suspension est pourtant permise par toutes les constitutions citées, excepté celle de Bavière.

(83) Seule la constitution de la République de Weimar en a autorisé la suspension.

(84) On peut en trouver la preuve dans les innombrables cas d'atteintes à la liberté individuelle auxquelles les autorités administratives et gouvernementales se voient dans l'obligation de recourir en temps de crise à l'étranger comme en

à l'autorité de nécessité de remplir sa mission à moins qu'elle ne passe outre à l'interdiction. L'énumération des dispositions constitutionnelles qui peuvent être suspendues se rapproche beaucoup d'une législation de crise qui serait de nature constitutionnelle au lieu d'être de nature législative ; elle est entachée des mêmes insuffisances et encourt de ce fait les mêmes critiques.

Une meilleure rédaction des textes pourrait peut-être les éviter en incluant dans l'énumération les libertés les plus dangereuses (85). Mais on voit mal, dans ce cas, l'intérêt de conserver une énumération. Les rédacteurs des textes constitutionnels n'énumèrent les articles qui peuvent être suspendus que pour manifester leur volonté de sauvegarder les autres. Si on permet la suspension des plus importants, il paraît pour le moins illogique (en tout cas sans grande utilité) de préserver les moins précieux. Leur caractère relativement secondaire ne mérite pas cette attention. Mieux vaut donc éviter les inconvénients qui pourraient résulter de leur non-suspension dans telles ou telles circonstances spéciales alors que les avantages de la non-suspension ne constituent pas une contrepartie suffisante.

B. — *Le rejet des limitations proposées par la doctrine.*

Les solutions doctrinales sont encore moins défendables. Il en existe plusieurs tentatives, souvent peu claires et sous-jacentes aux développements de leurs auteurs sur le sort de la constitution en temps de crise. Elles relèvent cependant d'une démarche de pensée commune (86).

La doctrine (essentiellement la doctrine suisse) a cherché une limitation du pouvoir de suspension constitutionnelle de l'autorité de nécessité par une méthode de généralisation et d'abstraction, contrairement au droit positif, ce qui se conçoit parfaitement au vu de leurs rôles respectifs dans la science juridique. Elle a tenté de préciser celles des dispositions constitutionnelles qui, par leur objet au sens précis du terme (c'est-à-dire par leur contenu), pouvaient être suspendues par le titulaire des pouvoirs de nécessité. Elle est ainsi arrivée à distinguer parmi les dispositions constitutionnelles des dispositions qualifiées de « formelles » et des dispositions qualifiées de « maté-

---

France, de façon plus ou moins justifiée d'ailleurs. Cf. les faits qui ont été à l'origine des prises de position de la jurisprudence anglaise sur l'état de nécessité, ainsi que l'ouvrage de J. Robert : *Les violations de la liberté individuelle commises par l'administration*. Paris, 1956, spécialement les pages 232 à 239.

(85) Dans une certaine mesure seulement d'ailleurs, car qui peut savoir à l'avance si une liberté en général inoffensive ne devient pas dangereuse dans un cas particulier ?...

(86) Nous nous en tiendrons ici à l'étude de cette sorte de synthèse des positions doctrinales : l'analyse successive de chacune des solutions proposées serait dépourvue d'utilité étant donné que, nous le verrons, c'est le principe de départ qui est critiquable.

rielles » (87), les premières seules pouvant être suspendues par l'autorité de nécessité (88).

Il est assez difficile de savoir avec certitude ce que ces auteurs (89) entendent par disposition matérielle et disposition formelle. Ils emploient ces expressions sans les définir, et il faut donc induire la définition de leurs développements. Ils raisonnent en outre dans le cadre suisse, et il faut donc transposer et généraliser à partir des exemples puisés dans la constitution suisse. On peut néanmoins arriver à l'approximation suivante : les dispositions matérielles sont celles qui expriment les principes fondamentaux à la base du régime politique ;

---

(87) On trouve aussi l'expression « disposition fondamentale » opposée à celle de disposition « secondaire ».

(88) Cette distinction a d'ailleurs souvent une portée plus générale ; elle sert non seulement à déterminer celles des dispositions qui peuvent être suspendues par le titulaire des pouvoirs de nécessité, mais encore à justifier (fort mal au demeurant) la thèse de l'intangibilité absolue de la constitution, voire à démontrer (d'une manière également assez peu convaincante) que l'état de nécessité serait source de droit.

Nous trouvons un exemple de cette dernière utilisation chez J. Raiciu (Légalité et nécessité, thèse, Paris, 1933), pp. 213 et s. L'auteur estime en effet que le titulaire des pouvoirs de nécessité peut suspendre la lettre des textes constitutionnels parce que celle-ci n'est la plupart du temps, sauf quelques dispositions, que du « droit formel », et ceci afin de permettre l'application du « droit matériel » qui est en quelque sorte l'esprit de la constitution, et se trouve indiqué dans quelques articles fondamentaux. La maxime suprême du « droit matériel » est que triomphe toujours la règle de droit répondant aux besoins nés des circonstances du moment. Ce droit « matériel » est supérieur au « droit formel », parce qu'il est conforme aux exigences sociales. Cette thèse qui se rapproche très fortement des idées de Duguit et s'apparente donc à des doctrines de droit naturel ne saurait être admise par un positiviste.

Certains auteurs suisses, dont on trouvera mention dans l'ouvrage de R. Hoerni (*L'état de nécessité en droit public fédéral*, Genève, 1917, Première partie, chapitre IV) ont plus modestement pensé trouver dans la distinction entre dispositions formelles et dispositions matérielles la solution de la contradiction logique incluse dans la thèse de l'intangibilité absolue de la constitution. Cette distinction pourrait en effet expliquer que le déclenchement de l'état de nécessité puisse entraîner la suspension de certains textes constitutionnels — les textes de nature formelle — et que l'on puisse néanmoins affirmer sans paradoxe que le bénéficiaire de la concentration des pouvoirs est lié dans leur utilisation par la constitution — cette fois par les dispositions matérielles — qui serait donc intangible. On voit tout de suite le vice de cette construction : elle ne résoud pas la contradiction dans son principe car il reste qu'une partie de la constitution peut être suspendue, alors qu'une autre ne peut l'être. Cette thèse n'a en réalité pour seul effet que d'aménager les modalités de la suspension, en cherchant à préciser parmi les dispositions constitutionnelles celles qui peuvent être suspendues et celles qui ne peuvent pas l'être. C'est ce qui explique que nous l'évoquions ici et non au paragraphe précédent.

(89) Le meilleur porte-parole en est R. Hoerni (thèse précitée) et c'est à lui que nous empruntons l'essentiel de la théorie qu'il réfute d'ailleurs en partie après l'avoir exposée. On la trouve également évoquée et critiquée dans l'ouvrage de J. Favre (*Le droit de nécessité de l'Etat*, thèse, Lausanne 1937), dans celui de Carré de Malberg (*Contribution à la théorie générale de l'Etat*, T. 1, p. 610, note 24) et dans l'article de M. Battelli (*Les pleins pouvoirs et la doctrine suisse*, RDP, 1950, p. 142).

les dispositions formelles sont celles qui mettent en œuvre ces principes en créant des organes et en édictant les règles de leur fonctionnement. Les premières ont une signification politique, voire philosophique ; leur abandon et leur remplacement par d'autres dispositions nécessite une véritable révolution (violente ou non). Les secondes n'ont qu'une signification technique, elles sont contingentes ; leur changement ne sera qu'une simple réforme si les circonstances en révèlent de meilleures pour mettre en œuvre les principes fondamentaux.

La thèse est très séduisante. Il existe dans l'esprit des rédacteurs de toute constitution une sorte de hiérarchie entre les diverses dispositions de la constitution. Les débats des assemblées constituantes mentrent que l'importance varie d'un article constitutionnel à l'autre. Et cette hiérarchie d'importance correspond, dans l'ensemble, à la distinction entre dispositions matérielles et dispositions formelles. Il semble donc normal de s'y référer en démocratie pour limiter le pouvoir de suspension de l'organe de nécessité. Des objections décisives se font pourtant jour à l'examen.

Les applications concrètes de la distinction sont en premier lieu très difficiles. Il est certes des dispositions qui se rattachent incontestablement à l'une ou l'autre catégorie (90). Mais qu'en est-il, par exemple, du régime politique *stricto sensu ?* En France, le maintien d'un régime parlementaire est lié pour certains à l'essence de la démocratie alors que, pour d'autres, ce n'est qu'un des régimes possibles pour mettre en œuvre la démocratie... On pourrait multiplier les exemples de ces hypothèses limites. Or il est toujours néfaste d'inclure dans une constitution des dispositions dont l'interprétation peut prêter à controverse. Cela conduit ou à des abus d'autorité, ou à l'inefficacité.

Il n'est pas très satisfaisant logiquement, en second lieu, d'opérer une ventilation entre les diverses dispositions constitutionnelles. On retrouve l'objection permanente à laquelle on se heurte chaque fois que l'on veut limiter l'objet des pouvoirs de suspension constitutionnelle de l'autorité de nécessité. La hiérarchie que nous évoquions est une hiérarchie politique et psychologique, une hiérarchie morale, et non pas une hiérarchie juridique (91), à moins d'être consacrée par un texte exprès. Et il serait pour le moins curieux qu'un texte constitutionnel établisse une hiérarchie entre les dispositions qui ont la même origine et le même aspect formel les unes par rapport aux autres et ce qui est pis, par rapport à ce texte lui-même.

En troisième lieu enfin, les dispositions matérielles qui devraient être hors d'atteinte des pouvoirs de nécessité sont pour la plupart

---

(90) Le caractère démocratique de l'Etat, sa forme fédérale, la reconnaissance de libertés fondamentales... sont des dispositions matérielles. La durée des sessions parlementaires ou de la législature, le détail de la procédure législative, la répartition des compétences gouvernementales entre les membres de l'exécutif... sont des dispositions formelles.

(91) Hoerni, précité.

celles dont la suspension sera exigée par l'efficacité (92). L'examen des situations de crise dans lesquelles se sont trouvés les Etats démocratiques depuis un siècle montre que certaines dispositions matérielles devront presque toujours être suspendues pour assurer la sauvegarde de l'Etat alors que certaines dispositions formelles pourront rester en vigueur sans inconvénients. Le fait que la ligne de clivage passe non entre dispositions matérielles et dispositions formelles, mais à l'intérieur de chaque catégorie empêche de retenir la limitation proposée par la doctrine. Elle a échoué dans sa tentative, tout comme le droit positif.

L'ampleur de ces efforts permet de penser qu'on ne peut plus guère concevoir de nouveaux procédés pour limiter l'objet des décisions de suspension constitutionnelle tout en assurant à la fois la cohérence logique du système et son efficacité pratique. Force nous est de conclure dans le sens d'une absence de liaison directe de l'objet des mesures de nécessité qui suspendent une ou plusieurs dispositions constitutionnelles. Il n'existe pas plus de secteurs interdits au titulaire des pouvoirs de nécessité dans ce domaine qu'en matière législative ou exécutive.

Est-ce à dire cependant que l'utilisation des pouvoirs de nécessité sera en fait la même dans tous ces secteurs ? Certainement pas. Nous avons déjà signalé que les mesures exécutives étant les plus cruciales en période de crise seront les plus nombreuses. L'ordre légal, pour être moins perturbé, risque tout de même de subir un certain bouleversement dans des secteurs assez vastes, surtout si la crise est grave ou la procédure législative complexe. Mais le nombre de dispositions constitutionnelles que la menace dirigée contre l'Etat oblige à suspendre sera moins élevé. On ne peut certes le déterminer à l'avance, mais on peut dire sans risque de se tromper qu'il sera relativement faible, qu'il devra être relativement faible.

C'est ce qui explique que nous préférions parler de suspension de certaines dispositions constitutionnelles plutôt que de suspension de la constitution. Nous espérons ainsi mettre en relief à la fois le fait que ces dispositions sont indéterminées et le fait que l'ordre constitutionnel n'est jamais suspendu dans sa totalité. Là se trouve la seule limitation des pouvoirs de suspension constitutionnelle de l'organe de nécessité. Ce n'est plus une limitation d'objet, mais une limitation de but.

Car les pouvoirs de nécessité affranchis de toute liaison relative à l'objet des mesures de nécessité sont en revanche liés relativement au but que poursuit leur titulaire.

---

(92) Evoquons une fois de plus les dispositions relatives aux libertés publiques.

Chapitre II

L'EXISTENCE D'UNE LIAISON RELATIVE AU BUT DES MESURES DE NECESSITE

L'exercice de l'état de nécessité se trouve dominé, depuis sa phase initiale jusqu'à l'expiration de sa phase terminale par une condition de but : la sauvegarde de l'Etat démocratique. C'est parce qu'il s'agissait d'assurer efficacement la défense de l'Etat que le déclenchement de l'état de nécessité devait être autoritaire ; c'est parce qu'il s'agira de sauvegarder un ordre juridique démocratique que le contrôle de l'état de nécessité devra être démocratique ; c'est parce qu'il s'agit de préserver à la fois l'Etat et son caractère démocratique que la concentration et l'utilisation des pouvoirs de nécessité doivent être discrétionnaires. La considération du but à atteindre est donc omniprésente tout au long de l'étude des conditions d'exercice de l'état de nécessité en démocratie.

Mais le poids de cette condition de but se fait particulièrement sentir au stade de la concentration et de l'utilisation des pouvoirs de nécessité. La liaison de but qui affecte ces pouvoirs est la contrepartie indispensable de leur accroissement résultant de l'absence de liaison relative à l'objet des mesures de nécessité.

La liaison de but s'exprime d'une manière générale dans l'idée de proportionnalité des moyens aux fins : l'organe de nécessité doit être animé de la volonté de restaurer le plus rapidement possible les conditions normales d'exercice du pouvoir démocratique ; il doit prendre toutes les mesures indispensables à la réalisation de ce but mais doit ne prendre que ces mesures. La concentration des pouvoirs doit s'étendre jusqu'où il est nécessaire, mais elle ne doit pas s'étendre au-delà de ce qui est nécessaire. Aucun domaine n'est directement fermé à l'intervention du titulaire des pouvoirs de nécessité, mais aucun domaine ne lui est non plus *a priori* ouvert : ce sont les circonstances qui les lui ouvrent au fur et à mesure.

Cette idée est absolument essentielle sur le plan théorique. Elle montre que la démocratie n'entend pas se renier en recevant l'état de nécessité, mais qu'elle entend au contraire mettre en œuvre tous les moyens qui lui sont indispensables pour survivre et pouvoir ensuite

s'accomplir pleinement. Mais la majeure partie de la doctrine (1) pense que cette limitation de but est dépourvue de toute portée pratique parce que c'est le titulaire des pouvoirs de nécessité, et lui seul, qui apprécie l'adéquation des moyens aux fins (2). Cette opinion nous semble un peu excessive. La liaison relative au but des mesures de nécessité est certes subjective et *a posteriori* dans une large mesure — et dans cette mesure nous ne pouvons pas la développer plus que nous venons de le faire. Mais elle implique aussi des conséquences très précises. Elle conduit en particulier à reconnaître l'existence d'un domaine toujours fermé à l'intervention de l'organe de nécessité, et à limiter dans le temps la concentration et l'utilisation des pouvoirs de nécessité (3).

Section I

LA RECONNAISSANCE D'UN DOMAINE RESERVE

Certains domaines doivent en tout état de cause demeurer hors du champ d'utilisation des pouvoirs de nécessité. Exprimée de cette façon, la limite des pouvoirs de l'organe de nécessité se présente sous forme d'une liaison d'objet. Mais ce n'est pas une liaison directe d'objet, fondée sur l'importance des domaines en question au regard des principes démocratiques. Il s'agit d'une liaison indirecte découlant du but que doit poursuivre le titulaire des pouvoirs de nécessité.

La réflexion et l'expérience montrent en effet que le souci d'efficacité n'exige jamais que certains pouvoirs soient reconnus à l'organe de nécessité. L'intangibilité de certains domaines ne peut en aucun cas nuire à la sauvegarde de l'Etat démocratique. Le titulaire des pouvoirs de nécessité ne doit donc pas y intervenir sous peine de commettre un détournement de pouvoir.

L'organe de nécessité ne peut ainsi ni réviser totalement ou partiellement la constitution, ni s'immiscer dans l'organisation et le fonctionnement du pouvoir judiciaire.

---

(1) Notamment les commentateurs de l'article 16 de la constitution française de 1958, qui ont insisté sur le caractère extrêmement vague des limites de but. Cf. M. Duverger : *Droit constitutionnel et institutions politiques*, 1962, p. 515, G. Vedel : *Cours de droit constitutionnel*, 1960-1961, p. 861 et J. Lamarque : *L'article 16 et la théorie de la nécessité*, R.D.P. 1961, p. 615.

(2) Le contrôle qui portera ultérieurement sur l'usage de cette faculté d'appréciation est une limitation ex-post, dont la perspective peut tout au plus rendre prudent l'organe de nécessité, mais qui ne lui impose pas de bornes précises dans l'immédiat.

(3) J. Legaret : *L'article 16*. La Revue des Deux-Mondes du 1er juin 1961.

§ 1. — *La révision totale ou partielle de la constitution.*

Nous avons déjà eu l'occasion de signaler que le titulaire des pouvoirs de nécessité ne pouvait pas réviser la constitution, en marquant bien la différence entre ce pouvoir et celui de suspendre certaines dispositions constitutionnelles. Le principe d'une telle interdiction se justifie aisément ; l'application en est assez simple, mais appelle cependant quelques précisions.

A. — *Le principe.*

Le pouvoir de révision totale, ou même partielle, de la constitution est l'expression du pouvoir constituant. Faire œuvre constituante, c'est tout d'abord choisir une philosophie politique en fonction des influences idéologiques et des données sociologiques ; c'est ensuite traduire les exigences de cette philosophie politique dans des principes formulés juridiquement et applicables concrètement ; c'est enfin organiser les institutions politiques susceptibles de défendre ces principes et de les faire entrer dans les mœurs. L'analyse de ce pouvoir montre non seulement que les exigences démocratiques s'opposent à son exercice par le titulaire des pouvoirs de nécessité (4) mais encore et surtout que le souci d'efficacité ne l'exige pas.

1. — Le pouvoir de révision totale appartient incontestablement au peuple en démocratie : on ne concevrait pas une constitution organisant un régime foncièrement démocratique et qui ne soit pas soumise à l'approbation populaire ; l'élaboration du texte irait contre la logique de son contenu. Les révisions partielles de la constitution doivent aussi être l'œuvre du corps électoral tout entier. Le droit positif est loin d'avoir atteint ce stade ; c'est pourtant l'idéal vers lequel il doit tendre (5). En attendant, d'ailleurs, toutes les procédures de révision partielle auxquelles le peuple ne participe pas font intervenir les organes constitutionnels les plus représentatifs et reposent indirectement sur la souveraineté populaire : le pouvoir constituant dérivé est le fruit d'une manifestation de volonté expresse de la part du pouvoir constituant originaire.

L'octroi du pouvoir de révision constitutionnelle au titulaire des pouvoirs de nécessité serait, dans ces conditions, en contradiction flagrante avec les exigences démocratiques. Un peuple pourrait se voir

---

(4) Ce qui ne serait pas suffisant pour l'interdire...

(5) Nous sommes la première à reconnaître que pour certaines réformes vraiment minimes, le recours au referendum peut être trop lourd. Mais nous pensons que la véritable solution se trouve alors dans une utilisation plus répandue des lois organiques pour édicter les points de détail, les règles fondamentales étant seules incluses dans le texte constitutionnel qui ne pourrait être révisé que par le peuple.

imposer des règles d'organisation et de fonctionnement de ses institutions politiques, destinées à s'appliquer de façon permanente, sans avoir participé à leur édiction de quelque manière que ce soit. La nécessité peut contraindre à reconnaître des pouvoirs très étendus à l'organe de nécessité ; mais le principe de souveraineté populaire perdrait tout son sens — et le recours à l'état de nécessité qui a pour but ultime de le protéger — si la concentration spontanée des pouvoirs n'épargnait pas la prérogative première attachée à la souveraineté.

2. — Cette solution s'impose d'autant plus qu'une révision même partielle de la constitution n'est jamais indispensable à l'organe de nécessité dans sa tâche. L'entrave que l'application scrupuleuse d'une constitution ne manquerait pas d'entraîner pour la sauvegarde de l'Etat peut disparaître sans qu'il y ait révision de la constitution : il suffit de reconnaître, comme nous l'avons fait, un pouvoir de suspension constitutionnelle au profit de l'autorité de nécessité. Cette suspension qui pourra durer autant que le besoin s'en fera sentir produira exactement les mêmes résultats qu'une révision du point de vue de l'efficacité (6).

N'existerait-il pas, cependant, une hypothèse où le droit de réviser la constitution devrait être reconnu au titulaire des pouvoirs de nécessité ? Il pourrait arriver que la crise menaçant l'Etat démocratique provienne d'un décalage excessif entre les institutions politiques et l'infrastructure sociale. Le changement des institutions ne serait-il pas, dans ce cas, le seul remède efficace à la crise ?

Cela est vrai ; mais il ne faut pas confondre les mesures destinées à enrayer la progression de la crise et celles qui sont destinées à porter remède à ses causes profondes (7). Les premières constituent le préalable indispensable aux secondes, comme l'administration d'antibiotiques pour faire tomber la fièvre s'impose avant que le médecin ne s'attaque au mal lui-même. Mais cela ne signifie pas que les deux catégories de mesures soient de même nature, encore moins qu'elles doivent relever du même organe. Il appartient au titulaire des pouvoirs de nécessité de rétablir les organes constitutionnels dans leurs prérogatives normales, afin qu'ensuite le pouvoir constituant puisse s'exercer dans le calme et la liberté pour apporter aux institutions les changements destinés à empêcher l'Etat démocratique de vivre en état permanent de crise. Mais il ne lui appartient pas d'exercer lui-même ce pouvoir constituant.

---

(6) La différence n'apparaîtra qu'au moment où cessera l'application de l'état de nécessité : le retour au statu quo ante sera automatique alors que la remise en vigueur de l'ordre constitutionnel primitif nécessiterait un nouvel exercice du pouvoir de révision si l'organe de nécessité avait révisé la constitution.

(7) C'est une telle confusion qu'A. Grosser reprochait au Président de la République française d'avoir commise dans son allocution radiodiffusée de mai 1961 (*La Croix* du 13 mai 1961).

Il est même difficile d'admettre que le titulaire des pouvoirs de nécessité puisse s'attribuer un droit de participation quelconque à l'exercice du pouvoir constituant, en particulier un droit d'initiative. On pourrait concevoir en effet que l'organe de nécessité ne puisse imprimer valeur suprême et définitive à un texte de révision constitutionnelle, mais qu'il puisse néanmoins élaborer un projet dans le cadre de sa mission de salut public et le soumettre directement au peuple en dehors de toute procédure constitutionnellement prévue (8). Le procédé n'est pas absolument condamnable d'un point de vue démocratique, bien que son emploi se prête en pratique à bien des fraudes. Mais il ne rentre pas dans le cadre d'une utilisation des pouvoirs de nécessité parce qu'il ne répond plus au but de l'état de nécessité, qui est un but de conservation et non de changement. L'exercice du pouvoir de révision constitutionnelle ou sa préparation directe ressortissent à l'action révolutionnaire, non à l'action qui doit être celle du titulaire des pouvoirs de nécessité (9).

Ce principe d'interdiction de révision de la constitution par le titulaire des pouvoirs de nécessité est donc très général. Il est d'ailleurs incontesté et très largement appliqué.

B. — *L'application du principe.*

L'application du principe ne soulève à peu près aucune difficulté puisque l'interdiction est absolue. Il est seulement intéressant de voir dans quelle mesure et comment le droit positif l'a mis en œuvre et quelle portée exacte il convient de lui attribuer.

1. — Une unanimité à peu près totale existe en droit positif sur le refus d'octroyer le pouvoir de révision constitutionnelle à l'organe de nécessité. Cette unanimité se traduit de plusieurs manières.

L'interdiction de suspendre la constitution édictée par certains textes à l'encontre du titulaire des pouvoirs de nécessité vaut tout d'abord interdiction de réviser cette même constitution : si l'atteinte la plus légère au texte constitutionnel n'est même pas tolérée, à plus forte raison en est-il des atteintes plus graves. L'organe de nécessité que la constitution habilite à suspendre certains articles limitativement énumérés ne peut pas non plus réviser la constitution. Cela est vrai pour les articles qui ne sont pas compris dans l'énumération puisqu'ils ne peuvent même pas être suspendus ; mais cela l'est aussi des articles qui peuvent être suspendus : le terme de suspension l'implique

(8) J.-L. Quermone : *L'article 16 et la défense de la République.* Revue de l'Action populaire, 1961, p. 701.

(9) F. Castberg : *Le droit de nécessité en droit constitutionnel.* Mélanges Gidel, p. 106.

car il traduit la volonté des constituants de limiter les atteintes à la constitution à leur minimum en étendue et en profondeur (10).

L'interdiction de réviser la constitution se trouve également formulée expressément dans des constitutions qui par ailleurs admettent que l'organe de nécessité a la possibilité de suspendre la constitution (11). L'article 87 de la loi constitutionnelle russe du 27 avril (10 mai) 1906 prévoyait déjà que la mesure de nécessité ne pourrait pas apporter de modifications aux lois fondamentales de l'Etat ; des dispositions analogues furent successivement insérées dans les constitutions de Saxe du 1er novembre 1920 (12), de Pologne de 1921 (13), d'Autriche après la révision de 1929, enfin de Tchécoslovaquie de 1948 (§ 66). La constitution du Sénégal approuvée par référendum le 3 mars 1963 a interdit au Président de la République titulaire des pleins pouvoirs en cas de crise de prendre des décisions entraînant révision de la constitution (14).

Il faut enfin, semble-t-il, réserver le pouvoir de révision constitutionnelle dans l'application des constitutions qui consacrent l'état de nécessité sans faire aucunement mention des pouvoirs de l'organe de nécessité vis-à-vis de la constitution. Nous ne tirons pas cette solution uniquement d'une règle idéale, mais aussi du droit positif constitué en l'espèce par la volonté des constituants qui se dégage de la rédaction des textes.

Le fait a été signalé par la doctrine française dès les premiers

---

(10) Ces articles contiennent tous au surplus la reconnaissance de principe d'une liberté publique ; la seule façon de les réviser serait donc de supprimer cette liberté : il est inadmissible de reconnaître ce pouvoir à n'importe quel organe constitué en démocratie. Il est même inadmissible de le reconnaître au peuple qui sans cela renoncerait à l'idée démocratique et se placerait en contradiction avec lui-même.

(11) Au moins tacitement en n'énonçant pas d'interdiction expresse ce qui conduit à faire jouer les conditions d'exercice qui se dégagent d'une utilisation de l'état de nécessité conçue rationnellement pour satisfaire démocratie et efficacité dans la mesure du possible.

On a pu certes hésiter sur la portée à attribuer à l'interdiction de réviser la constitution : ne fallait-il pas l'étendre jusqu'au pouvoir de suspension ? Pour ce faire, il aurait fallu s'appuyer sur le raisonnement de Carré de Malberg (ci-dessus, p. 289) qui ne semble guère probant. Dans le doute, il vaut mieux se rapprocher des conditions idéales et admettre la suspension. On peut au surplus avancer en faveur de cette solution la différence de rédaction entre les textes qui interdisent de prendre des mesures en contradiction avec la constitution et ceux qui interdisent simplement de modifier ou réviser la constitution.

(12) Article 40. Contrairement aux constitutions des autres pays allemands de l'époque, la constitution de Saxe n'interdisait pas les lois de nécessité contraires à la constitution ; elle réservait néanmoins le pouvoir de révision constitutionnelle.

(13) L'article 44 parle de « mesures qui ne peuvent concerner les changements à apporter à la constitution ».

(14) Article 47 (R.D.P. 1963, p. 235). On peut remarquer que ce dernier texte inspiré très certainement de l'article 16 de la constitution française est en nette progression par rapport à son modèle, entièrement muet sur ce sujet, ce qui n'a pas été sans poser quelques problèmes d'interprétation.

commentaires de l'article 16 (15). Il a été mis en lumière davantage encore par la suite lorsque la presse a fait allusion à l'éventualité d'une révision constitutionnelle — il s'agissait alors de l'institution d'une vice-présidence de la République — sur simple décision du chef de l'Etat se basant sur les pouvoirs qu'il prétendait tenir de l'article 16 (16). M. Vedel a pu alors faire remarquer à juste titre que l'article 16 excluait tout exercice du pouvoir constituant par le Président de la République (17). Le texte ne dit-il pas que les mesures prises « doivent être inspirées par la volonté d'assurer aux pouvoirs publics constitutionnels, dans les moindres délais, les moyens d'accomplir leur mission » ? Il serait pour le moins curieux que le rétablissement du fonctionnement régulier des pouvoirs publics comportât le droit de modifier ce fonctionnement d'une manière durable (18) ! La remarque qui se fonde sur la rédaction du texte rejoint les arguments d'ordre général avancés contre l'exercice du pouvoir de révision constitutionnelle par l'organe de nécessité. Il est seulement regrettable que la constitution n'ait pas été plus explicite, ce qui eût permis d'éviter toute controverse.

2. — Une controverse d'un autre ordre pourrait naître du silence des textes sur le point de savoir quelle portée exacte attribuer au domaine réservé en matière constitutionnelle. La difficulté provient de ce que la notion matérielle de constitution ne coïncide pas toujours avec la notion formelle. Certaines dispositions sont parfois inscrites dans la constitution, alors que pourtant elles ne concernent ni l'organisation ou le fonctionnement des pouvoirs publics, ni les principes fondamentaux de l'ordre politique. A l'inverse, des dispositions importantes relatives à l'organisation et au fonctionnement des pouvoirs publics sont parfois inscrites ailleurs que dans les textes constitutionnels. Quels doivent être les pouvoirs de l'organe de nécessité à l'égard des unes et des autres ?

La solution du premier cas est relativement facile. Théoriquement, on devrait s'attacher au contenu de ces dispositions et reconnaître à leur égard au titulaire des pouvoirs de nécessité des compétences égales à celles qu'il détient dans l'exercice de la fonction législative,

---

(15) M. Duverger : *Droit constitutionnel et institutions politiques.* 1960, p. 538. J. Lamarque, article précité à la R.D.P. 1961, p. 618 et la note. J. Legaret, article précité à la *Revue des Deux-Mondes,* 1er juin 1961. J.-L. Quermone, article précité à la *Revue de l'Action populaire* de juin 1961.

(16) *Le Monde* du 11 au 15 mai 1961, avec les déclarations d'un certain nombre d'hommes politiques sur le sujet. La question s'est trouvée soulevée une nouvelle fois un an après (voir notamment *le Monde* du 31 août 1962 où R. Barillon semble hésiter — à tort — sur le point de savoir si l'article 16 pourrait être utilisé pour réaliser des réformes constitutionnelles).

(17) Cours de Droit constitutionnel, 1960-1961, p. 1134.

(18) Indépendamment de la durée d'application abusive de l'article 16 qui était de nature à entacher d'irrégularité toute mesure prise à partir de mai 1961.

soit donc un pouvoir de modification en cas de besoin. Mais cette solution ne peut être reconnue à cause de ses inconvénients pratiques : il serait dangereux de laisser le titulaire des pouvoirs de nécessité juge du point de savoir si telle disposition inscrite dans la constitution est ou non matériellement constitutionnelle. La porte serait ouverte à tous les abus. Il vaut mieux s'en tenir au point de vue formel et maintenir l'interdiction de les réviser (19).

L'hésitation est possible, en revanche, pour les dispositions relatives à l'organisation et au fonctionnement des pouvoirs publics qui ne sont pas contenues dans la constitution. L'organe de nécessité dispose-t-il d'un pouvoir de révision à leur égard ? La réponse doit être tirée de la finalité de l'état de nécessité et celle-ci conduit à une réponse négative. Ces dispositions que l'on peut qualifier de lois organiques (20) font partie du domaine réservé. Leur révision par l'organe de nécessité est impossible. Cela découle tout naturellement du fait que ces lois organiques sont destinées à permettre l'application concrète de dispositions plus générales contenues dans la constitution et participent en quelque sorte du caractère des dispositions constitutionnelles (21).

Un exemple particulièrement clair de ce type de dispositions est fourni par les lois électorales. Les règles relatives au recrutement des assemblées parlementaires sont rarement toutes incluses dans la constitution ; elles sont pourtant indispensables à son application. L'organe de nécessité commettrait un abus de pouvoir indiscutable en les modifiant. L'y autoriser permettrait toutes les fraudes... Et surtout, il est bien certain que la sauvegarde de l'Etat démocratique ne requiert jamais une modification immédiate de la loi électorale.

Cela est si vrai que les lois électorales figurent presque toujours parmi les limites du domaine d'exercice de la fonction législative imposées au titulaire des pouvoirs de nécessité par certaines constitutions (22). Il faut généraliser cette règle et l'appliquer même dans le silence de la constitution car c'est une condition d'utilisation des pouvoirs de nécessité inhérente à l'institution. Nous avons condamné le principe général qui inspirait les limitations du domaine législatif ; mais nous sommes entièrement d'accord sur son résultat en tant qu'il

---

(19) Il subsistera toujours la possibilité de les suspendre, ce qui fait disparaître presque tous les inconvénients à l'exception d'un certain illogisme : mais cet illogisme ne provient pas des conditions d'utilisation des pouvoirs de nécessité. Il a sa source dans l'insertion de dispositions plus ou moins hétéroclites dans la constitution.

(20) Même si elles ne présentent aucune caractéristique formelle par rapport aux lois ordinaires.

(21) La meilleure preuve réside dans le fait que l'objet de ces textes d'application est contenu tantôt dans la constitution, tantôt dans les lois organiques selon le pays ou l'époque considérés.

(22) Constitution russe du 27 avril (10 mai) 1906, art. 87.
Constitution polonaise du 17 mars 1921, art. 44.
Constitution du Land de Brunswick du 6 janvier 1922, art. 40.
Constitution du Land de Saxe du 1er novembre 1920, art. 40.
Constitution lettone du 15 février 1922, art. 81.

concerne les lois électorales. Il suffit seulement de le justifier par des considérations de but et non pas d'objet.

Il en va exactement de même pour les pouvoirs relatifs à l'organisation et au fonctionnement du pouvoir judiciaire.

§ 2. — *L'organisation et le fonctionnement du pouvoir judiciaire.*

La doctrine ne s'est pratiquement jamais intéressée aux pouvoirs de l'organe de nécessité concernant l'organisation et le fonctionnement du pouvoir judiciaire, bien qu'ils soulèvent un problème extrêmement grave dans l'Etat démocratique.

Les enseignements de l'expérience sont pourtant très riches. Des organes de nécessité ont utilisé leurs pouvoirs dans le domaine judiciaire à maintes reprises, soit pour exercer eux-mêmes la fonction juridictionnelle, soit pour en modifier les règles d'organisation, notamment en créant des juridictions d'exception. Les jurisprudences anglo-saxonnes, particulièrement la jurisprudence américaine, ont ainsi été amenées à prendre position sur l'état de nécessité à propos du fonctionnement des cours martiales créées sous l'empire des nécessités ; et plus récemment le Président de la République française a pris plusieurs décisions portant création de juridictions d'exception en se fondant sur l'article 16 de la constitution de 1958 (23).

Mais ce sont précisément les décisions de l'organe de nécessité touchant au domaine judiciaire qui ont suscité le plus de controverses contentieuses et de difficultés politiques en France et à l'étranger. Les conditions d'exercice de l'état de nécessité n'ont-elles pas été défectueuses sur ce plan ? Ne serait-il pas préférable de soustraire toutes les mesures touchant à l'organisation et au fonctionnement du pouvoir judiciaire à l'intervention du titulaire des pouvoirs de nécessité ? L'existence d'une liaison relative au but des mesures de nécessité incline à le penser. La reconnaissance de compétences au profit de l'organe de nécessité en matière judiciaire n'est pas vraiment indispensable à la sauvegarde de l'Etat démocratique ; les garanties qu'elle pourrait sembler présenter d'un point de vue démocratique sont au surplus parfaitement illusoires.

A. — *L'interdiction d'édicter des mesures de nécessité touchant à l'organisation et au fonctionnement du pouvoir judiciaire ne peut pas nuire à la sauvegarde de l'Etat démocratique.*

Cette affirmation va directement à l'encontre de l'attitude de certains titulaires de pouvoirs de nécessité qui ont largement utilisé

(23) Décisions du 27 avril et du 3 mai 1961 (*J.O.* des 28 avril et 4 mai 1961) instituant un Haut-Tribunal militaire et un Tribunal militaire. Y rattacher les décisions du 29 septembre 1961 modifiant la composition et la compétence de ces juridictions (*J.O.* du 30 septembre 1961).

leurs pouvoirs dans le domaine judiciaire en invoquant les exigences de l'efficacité. Certaines mesures touchant à l'organisation et au fonctionnement de la justice ont pu sembler indispensables à certaines heures pour permettre à l'Etat démocratique de se défendre contre ses ennemis : modification des règles de procédure applicables devant les juridictions ordinaires, méconnaissance des dispositions légales régissant leur compétence (24) ou l'étendue de leurs pouvoirs (25), création de juridictions destinées à connaître spécialement de certains faits en relation plus ou moins étroite avec les circonstances qui ont provoqué le recours à l'état de nécessité etc... Elles auraient pour objectif d'éviter une opposition entre le titulaire des pouvoirs de nécessité et l'autorité judiciaire et même de faire de la seconde l'auxiliaire du premier afin de satisfaire des impératifs absolus d'efficacité. C'est aller beaucoup trop loin à notre avis.

1. — La nécessité d'éviter toute forme d'opposition entre le titulaire des pouvoirs de nécessité et les autorités judiciaires en périodes de crise est indéniable. Les facteurs psychologiques ont une importance capitale en démocratie ; un conflit entre le juge et l'organe de nécessité, sans conséquence d'un point de vue purement matériel (26), risque d'affaiblir considérablement l'autorité de l'organe de nécessité et de diminuer ainsi l'efficacité de son action. Il faut donc éviter que le juge n'exerce un contrôle de légalité direct ou indirect sur l'attitude du titulaire des pouvoirs de nécessité, ce qui entraîne l'impossibilité pour lui de statuer sur les points où il risquerait d'être en conflit avec l'organe de nécessité (27).

Mais cela n'a pas pour conséquence d'ouvrir le domaine judiciaire à toutes les interventions du titulaire des pouvoirs de nécessité. On peut d'abord espérer une certaine auto-discipline des juridictions qui s'abstiendront de statuer pendant la période de nécessité lorsque leurs décisions feraient apparaître une divergence de vues avec l'organe de nécessité sur le plan juridique (28), (29). On peut surtout limiter l'intervention du titulaire des pouvoirs de nécessité en ce domaine à une mesure purement négative, qui laisse intactes les règles relatives à l'organisation du pouvoir judiciaire et qui porte l'atteinte la plus

---

(24) Ce qui conduit à leur enlever la connaissance de certaines affaires, en particulier celles que le titulaire des pouvoirs de nécessité estime relatives à la sûreté de l'Etat.

(25) L'organe de nécessité passant outre aux décisions rendues en méconnaissant l'autorité de la chose jugée.

(26) Le rapport des forces entre celui qui dispose de tout l'appareil exécutif et militaire de l'Etat et celui qui n'a comme seule arme que la possibilité d'édicter une condamnation juridique joue évidemment en faveur du premier.

(27) Car on ne saurait contraindre un juge à statuer contre sa conviction de ce qu'est le droit.

(28) Au moins au cas où le recours à l'état de nécessité et son utilisation ne seraient pas manifestement abusifs.

(29) La discrétion de la jurisprudence américaine pendant les deux guerres mondiales permet d'espérer cette sagesse de la part des juges.

légère possible à son fonctionnement : la suspension totale ou partielle de l'exercice de la fonction juridictionnelle jusqu'à l'expiration de la période de nécessité. Une telle mesure suffit à éviter les conflits.

2. — Le titulaire des pouvoirs de nécessité aura cependant tendance à penser que l'efficacité n'est pas satisfaite par une mesure exclusivement conservatoire, et à demander aux autorités judiciaires autre chose qu'une absence d'opposition : un soutien positif. La sauvegarde de l'Etat démocratique n'exigerait-elle pas que le juge se fasse l'auxiliaire de l'organe de nécessité et que ce dernier dispose des moyens de l'y contraindre, au besoin en créant des juridictions qui lui soient entièrement subordonnées ?

Nous ne le pensons pas. L'organe de nécessité ne peut sans doute pas laisser aux juridictions ordinaires le soin d'imposer l'exécution de certaines mesures de nécessité, ne serait-ce qu'à cause des lenteurs de la procédure judiciaire. Mais il lui est toujours loisible de prendre toutes les mesures conservatoires indispensables à la prévention des infractions aux mesures de nécessité. Cette prévention n'a rien à voir avec l'exercice d'un pouvoir judiciaire : c'est une compétence de police, donc une compétence d'ordre administratif purement et simplement. Prenons un exemple : l'organe de nécessité pourra procéder à tout internement administratif qu'il jugera opportun, afin de mettre hors d'état de nuire des individus qu'il estime dangereux de laisser en liberté. Le résultat immédiat sera matériellement le même que si l'internement avait été réalisé en application d'une décision judiciaire, le but recherché est atteint sans que l'autorité de nécessité ait porté atteinte à l'organisation ou au fonctionnement du pouvoir judiciaire.

Cette conclusion suscite immédiatement une objection très grave. Que la sauvegarde de l'Etat n'exige jamais de mesures de nécessité relatives au domaine judiciaire, soit. Mais ne faudrait-il pas ouvrir ce domaine au titulaire des pouvoirs de nécessité pour satisfaire non plus les exigences de l'efficacité mais celles de la démocratie ? Ne faudrait-il pas, même, aller jusqu'à lui imposer dans certains cas de prendre certaines mesures d'organisation ou de fonctionnement du pouvoir judiciaire afin d'assortir son action de certaines garanties pour les citoyens ?

B. — *L'édiction de mesures de nécessité touchant à l'organisation et au fonctionnement du pouvoir judiciaire ne constitue jamais une garantie démocratique.*

Le problème se pose dans les termes suivants : une procédure judiciaire, une décision juridictionnelle, comportent toujours plus de garanties pour les citoyens que l'élaboration et l'exécution d'une mesure administrative, même s'il s'agit d'une procédure accélérée ou d'une décision émanant d'une juridiction d'exception. Il ne faudrait donc pas négliger les garanties que représenterait, par exemple, l'ins-

tauration d'un contrôle juridictionnel par un titulaire des pouvoirs de nécessité très scrupuleux sur certains de ses actes. Le rejet de toute intervention de l'organe de nécessité dans le domaine judiciaire conduirait finalement à préférer les camps d'internement administratif — voire les camps de concentration — aux prisons judiciaires...

Nous répondrons à cela que nous préférons l'internement dans un camp de concentration par décision administrative à l'exécution d'une peine capitale prononcée par un tribunal d'exception. Nous prenons un exemple extrême, mais il n'est que l'expression d'une idée générale. Il est à craindre que les mesures de nécessité intervenant dans le domaine judiciaire n'offrent que les apparences d'une garantie ; or rien n'est plus dangereux que l'illusion. L'intervention de l'organe de nécessité en ce domaine est souvent une marque d'hypocrisie de sa part, une manœuvre destinée à le soustraire (ou à soustraire certains de ses actes) à un contrôle véritable. Un pouvoir judiciaire organisé selon des règles fixées par l'organe de nécessité et fonctionnant sous son autorité risque de n'être qu'une caricature de pouvoir judiciaire (30). Il n'y a pas place pour des conditions d'exercice correctes de la fonction judiciaire dans le cadre des pouvoirs de nécessité ; la nature même des décisions juridictionnelles s'y oppose.

1. — Un exercice correct de la fonction juridictionnelle suppose que celui qui en est investi puisse se prononcer en toute connaissance de cause et en dehors de toute pression politique, morale ou psychologique. Cela implique que le juge bénéficie d'un statut qui garantisse son indépendance et rende ses sentences dans une atmosphère relativement paisible. Ni le titulaire des pouvoirs de nécessité, ni les juridictions créées par lui ne répondent à ces exigences.

Le titulaire des pouvoirs de nécessité n'est évidemment pas qualifié pour exercer le pouvoir judiciaire : il n'a pas reçu la formation nécessaire, et les préoccupations politiques qui sont les siennes dans l'exercice des pouvoirs de nécessité font obstacle à ce qu'il fasse preuve d'une objectivité suffisante. Il peut donc être dangereux de lui donner les moyens d'assumer ne fût-ce que la haute direction de l'exercice du pouvoir judiciaire.

L'instauration de juridictions d'exception par l'organe de nécessité ne peut être admise parce que, malgré les apparences, ces juridictions sont rarement composées d'hommes compétents et ne disposent

---

(30) C'est pour cela que, parmi les domaines réservés pour l'exercice de la fonction législative, figurent parfois les lois relatives au fonctionnement des juridictions (ainsi l'article 81 de la constitution lettone du 15 février 1922). Comme pour les interdictions de révision constitutionnelle, cette limite est bonne ; mais c'est par une considération de but et non d'objet qu'il faut la justifier.

Voir également en doctrine la critique de la création de tribunaux d'exception par le Président de la République française dans l'article de J. Legaret (La Revue des Deux-Mondes 1er juin 1961). En sens contraire, J.-L. Quermone estime que l'article 16 donne au Président de la République le droit de se substituer au pouvoir judiciaire (Revue de l'Action populaire, juin 1961, p. 701).

jamais d'une véritable indépendance. Il ne saurait y avoir autonomie tant que les règles de composition et de fonctionnement des juridictions d'exception sont à la discrétion de l'organe de nécessité. Quant au choix d'hommes qualifiés, il est douteux que l'organe de nécessité l'opère de façon satisfaisante. Il a besoin pour sa justice d'hommes qui ne s'embarrassent pas — ou qui s'embarrassent peu — de scrupules de libéralisme auxquels sacrifient les juges ordinaires : sans quoi, il n'éprouverait pas le besoin de dessaisir ceux-ci au profit de ceux-là ! Rien que cela jette la suspicion sur la pureté des intentions du titulaire des pouvoirs de nécessité...

Les circonstances de crise sont au surplus incompatibles avec l'exercice d'une bonne justice (31). Elles créent une atmosphère de troubles, de confusion, de violence, alors que le juge ne peut remplir correctement sa mission que dans une ambiance sereine et paisible. Les décisions de justice risqueraient d'être empreintes de passion parce que rendues hâtivement. Le juge d'ailleurs ne pourrait pas être parfaitement objectif même s'il le voulait : il lui manquerait le plus souvent des éléments d'information indispensables à une juste appréciation ou de la culpabilité des individus qu'il doit juger, ou de la régularité des actes soumis à son contrôle (32).

2. — La nature de la fonction juridictionnelle et des règles relatives à son exercice s'oppose en outre à ce que les pouvoirs de nécessité puissent être utilisés en ce domaine. La mission du juge est de dire le droit, et de le dire de façon définitive. L'état de nécessité ne le permet pas.

Il est impossible de reconnaître à l'organe de nécessité et aux juridictions créées par lui ou statuant selon les règles qu'il a posées le pouvoir de rendre des décisions juridiques et définitives. L'état de nécessité entraîne la substitution d'un droit conditionnel et provisoire au droit normalement en vigueur dans l'ordre démocratique. Aucun juge ne doit par conséquent pouvoir appliquer ce droit conditionnel par des décisions revêtues de l'autorité de la chose jugée. Les décisions juridictionnelles que certains organes de nécessité voudraient faire rentrer dans leurs compétences auraient pour objet soit de prononcer une condamnation, soit d'établir l'interprétation d'une règle de droit de façon durable. Or les mesures de nécessité ont un caractère conservatoire et provisoire. Il y a donc incompatibilité entre les deux idées. Il faudra de toute façon revoir ces pseudo-décisions juridictionnelles. Il est préférable, dans ces conditions, de s'en tenir aux mesures

---

(31) Dans la mesure où cette justice concerne de près ou de loin les causes et les conséquences de la crise. Mais justement, c'est seulement dans cette mesure que le titulaire des pouvoirs de nécessité éprouvera le besoin d'inclure le domaine judiciaire dans la concentration des pouvoirs.

(32) Soit que la recherche de ces éléments soit impossible dans l'immédiat, soit que l'organe de nécessité interdise au juge d'en faire état parce que leur divulgation compromettrait la sûreté de l'Etat.

administratives qui produisent matériellement les mêmes effets et qui ont naturellement un caractère précaire sur le plan juridique.

Le titulaire des pouvoirs de nécessité ne doit pas intervenir dans le domaine de l'organisation et du fonctionnement du pouvoir judiciaire simplement parce que des mesures relatives à ce domaine engagent par nature l'État démocratique de façon durable, au-delà des objectifs de l'état de nécessité qui sont des objectifs immédiats. C'est exactement le même raisonnement que celui que nous avons tenu pour les mesures de révision constitutionnelle. Ils laissent poindre l'idée d'une limitation temporelle tirée du but de l'état de nécessité.

Section II

LA LIMITATION DANS LE TEMPS

Pouvoirs exceptionnels, situation provisoire, mission temporaire de salut public... autant d'expressions souvent employées comme synonymes d'état de nécessité et qui, toutes, font ressortir l'existence d'une limitation de la concentration et de l'utilisation des pouvoirs de nécessité dans le temps. L'état de nécessité est une situation essentiellement provisoire : on pourrait presque dire que ce caractère est un élément de sa définition tant il est étroitement lié à sa raison d'être en démocratie. L'utilisation de l'état de nécessité doit être aussi brève que possible ; elle ne se justifie qu'à cette condition.

Adversaires et partisans de la réception de l'état de nécessité sont entièrement d'accord sur ce point. Et les hommes politiques qui ont recouru à l'état de nécessité ont toujours affirmé que leur action devait avoir une durée limitée (33). Mais toutes les difficultés ne sont pas aplanies pour autant. Les problèmes surgissent lorsqu'il faut passer à l'application du principe. Il ne suffit pas de dire que l'utilisation de l'état de nécessité doit être limitée dans le temps ; il faut encore rechercher sinon la durée exacte de cette limitation, du moins les éléments qui en permettront la fixation dans chaque cas concret.

Deux questions distinctes se posent à cet égard : la limitation de la durée des pouvoirs de nécessité d'une part, celle de la durée de l'application des mesures de nécessité d'autre part.

§ 1. — *La limitation de la durée des pouvoirs de nécessité.*

Pendant combien de temps à compter du déclenchement de l'état de nécessité l'organe de nécessité peut-il édicter des mesures qui

(33) Même si en fait ils l'ont prolongée sensiblement au-delà de ce qu'eût exigé un exercice correct de l'état de nécessité.

prennent appui sur ce déclenchement ? Il est tentant de fixer une limite à l'avance et *ne varietur* afin d'éviter les abus. Mais une garantie automatique du caractère provisoire de l'état de nécessité ne donne satisfaction ni du point de vue de l'efficacité, ni du point de vue de la démocratie. Il faut recourir à une garantie par le but beaucoup plus souple, qui demeure conforme au caractère discrétionnaire de la concentration et de l'utilisation des pouvoirs de nécessité.

A) *L'impossibilité d'une garantie automatique.*

La garantie automatique consisterait à établir un terme au-delà duquel les pouvoirs de nécessité sont expirés, la réalisation de ce terme échappant, bien entendu, à toute dépendance à l'égard du titulaire des pouvoirs de nécessité (34). Plusieurs constitutions ont eu recours à ce procédé, mais il ne semble guère satisfaisant.

1. — C.-J. Friedrich faisait d'une limitation fixe de durée inscrite dans la constitution d'un des quatre critères de la « dictature constitutionnelle ». Il citait comme précédent en ce sens la République romaine où le dictateur devait se démettre de la totalité de ses pouvoirs à l'expiration d'un délai de six mois (35).

Les constitutions des démocraties modernes n'ont pas recouru à une méthode aussi directe. Mais l'idée n'est pas totalement absente de l'esprit des démocrates (36). Il existe d'autres façons aussi impératives de fixer une durée automatique à l'exercice des pouvoirs de nécessité.

C'est tout d'abord le cas des constitutions qui n'autorisent le recours à l'état de nécessité que durant les intersessions voire durant les seules périodes où le Parlement se trouve dissous. Ces constitutions prévoient que les pouvoirs de nécessité expirent lors de la prochaine réunion du

---

(34) Ce procédé auquel on songe tout naturellement et auquel a effectivement songé le droit positif s'inspire très directement des techniques de substitution : les législations de crise ne sont en principe applicables que pour une durée fixée dans la législation elle-même ; les délégations de pouvoirs du Parlement au Gouvernement comportent en général mention d'une date d'expiration de validité (l'article 38 de la constitution française de 1958 fait même de la mention de cette date une obligation constitutionnelle) ; les procédés de simplification de la technique législative prévus dans les textes constitutionnels ne peuvent être utilisés que pour un temps (six mois par exemple pour l'état de nécessité législative de l'article 81 de la Loi Fondamentale de Bonn). Une transposition de ces méthodes ne serait-elle pas valable pour l'utilisation des pouvoirs de nécessité ?

(35) *La démocratie constitutionnelle*, p. 389.

(36) Il suffit par exemple de citer la proposition de P. Coste-Floret d'assortir l'article 16 de la constitution française de 1958 d'une clause limitant sa durée d'application à quatre-vingt-dix-huit jours, au moins lorsque le Parlement siège régulièrement (*Le Monde* du 12 février 1963).

En Suisse également, les diverses propositions de réforme de la « clause d'urgence » comportent toutes une limitation de durée (généralement un ou deux ans). Cf. J. Favre : *Le droit de nécessité de l'Etat.* Th. Lausanne, 1937 (Chapitre V *in fine*) et Burdeau : *Traité de science politique.* T. VII, n° 168.

Parlement, dont la date résulte des dispositions constitutionnelles relatives aux sessions parlementaires ou à la réunion d'une assemblée nouvellement élue (37). L'esprit du texte l'implique dès lors que disparaît l'une des conditions du déclenchement de l'état de nécessité.

Le constitutions qui impartissent au Gouvernement investi du pouvoir d'édicter des ordonnances de nécessité un délai pour réunir le Parlement et lui soumettre ces ordonnances instaurent par le fait même une limitation de la durée des pouvoirs de nécessité. On conçoit assez mal que le Gouvernement puisse continuer à édicter des mesures à caractère législatif alors que le Parlement serait à même de le relayer dans cette tâche. L'esprit du texte est en faveur d'un délai d'exercice des pouvoirs de nécessité, et même d'un délai en général très bref (38).

Ces limitations indirectes sont somme toute assez rigoureuses, plus sévères même que ne le serait certainement une limitation donnée en valeur absolue. Et c'est précisément le reproche essentiel qu'elles méritent.

2. — La garantie automatique présente sans doute l'immense avantage d'éviter la discussion et l'arbitraire. L'efficacité gagnerait certainement à ce que les pouvoirs de l'organe de nécessité soient incontestés pendant la période la plus critique. La démocratie, de son côté, ne pourrait que trouver son compte dans l'assurance de sa restauration sans craindre que l'organe de nécessité ne prolonge *sine die* sa mise à l'écart.

Mais ce n'est pas tout de vouloir fixer un délai ; encore faut-il en déterminer judicieusement la durée. Or le problème de la durée du délai est un problème absolument insoluble *a priori* et dans l'abstrait. On risque d'être en présence ou d'un délai trop court, ou d'un délai trop long lorsqu'il s'agira d'appliquer le texte.

Un délai trop court risque de nuire à l'efficacité. Si on limite la durée de l'utilisation des pouvoirs de nécessité à quelques heures, voire à quelques jours, on peut craindre que l'organe de nécessité n'atteigne le terme prévu avant d'avoir pu prendre toutes les mesures qui s'imposaient pour la sauvegarde de l'Etat démocratique, sans qu'un système de relai ait pu être mis (ou remis) en place à ce moment. L'essentiel des mesures de nécessité intervient en général dans les premières heures de la crise ; mais il se peut que certaines mesures ne

---

(37) La durée effective de l'utilisation des pouvoirs de nécessité varie dans chaque cas concret en fonction du moment où se produit la crise. Mais elle échappe toujours à la volonté du titulaire des pouvoirs de nécessité par un mécanisme automatique ou quasi-automatique.

(38) Nous verrons que les constitutions qui font à l'organe de nécessité l'obligation de convoquer le Parlement exigent cette convocation dans les trois ou quatre jours, quand ce n'est pas le jour même comme la constitution italienne (art. 77).

doivent être édictées qu'un peu plus tard pour être efficaces (39). Le mot « crise » recouvre d'autre part des situations bien différentes. On a vu des crises s'éteindre très vite (40), mais on en a vu d'autres durer plusieurs années sans qu'une période d'accalmie permette un retour au fonctionenment normal des institutions (41). Il serait dérisoire, pour celles-ci, de parler non seulement d'un délai de quelques jours, mais même d'un délai de quelques mois (42).

Un délai trop long risquerait, en revanche, de nuire à la démocratie. Il est certes toujours possible à l'organe de nécessité de cesser d'utiliser ses pouvoirs avant l'expiration du délai dès lors que la sauvegarde de l'Etat ne nécessite plus cette utilisation ; nous verrons que c'est même obligatoire. Mais si le texte comporte la mention d'un délai d'utilisation, on peut être certain que dans l'immense majorité des cas l'organe de nécessité l'emploiera intégralement : il en retire trop de facilités d'action tout en ayant la couverture d'une autorisation constitutionnelle. Or la prolongation de la durée des pouvoirs de nécessité au-delà de ce qui est exigé par les circonstances serait directement contraire au but de l'état de nécessité. Mieux vaut éviter la fixation d'un délai déterminé qui serait responsable de cette situation anti-démocratique.

La plupart des textes qui ont consacré l'état de nécessité s'abstiennent d'ailleurs d'imposer une échéance à la concentration des pouvoirs faute d'avoir pu, justement, trouver une formule objective qui convienne à toutes les éventualités.

Est-ce à dire, alors, que la durée des pouvoirs de nécessité soit illimitée ? Certes non ; mais il s'agit d'une limite d'un autre ordre. Le caractère provisoire de la concentration des pouvoirs découle du but de l'état de nécessité.

B. — *La garantie par le but.*

La durée des pouvoirs de nécessité doit être déterminée dans chaque cas concret par référence au but que doit poursuivre le titulaire des pouvoirs de nécessité. La concentration des pouvoirs doit cesser dès qu'elle n'est plus indispensable au salut de l'Etat, dès que le but visé par l'état de nécessité est atteint. La difficulté réside, bien

---

(39) Surtout lorsqu'elles sont dépendantes de la façon dont ont été exécutées des mesures antérieures ou des résultats qu'ont effectivement produit ces mesures. Ce pourrait être le cas, notamment, des mesures de redressement économique et financier où certains secteurs ne peuvent être touchés tant que d'autres n'ont pas déjà fait l'objet de réformes d'urgence.

(40) Ainsi la crise d'avril 1961 en France.

(41) Cas des deux guerres mondiales en particulier en Suisse.

(42) On pourrait sans doute songer à un palliatif qui consisterait dans un nouveau déclenchement de l'état de nécessité. Mais l'esprit d'une limitation de temps s'oppose absolument à un tel procédé, directement contraire au but cherché puisqu'il remet entre les mains de l'organe de nécessité l'appréciation de la durée des pleins pouvoirs.

entendu, dans la détermination de ce moment. On peut tenter d'indiquer quelques éléments de critère et la façon de les faire jouer.

1. — La durée de la concentration des pouvoirs dépendra avant tout des circonstances qui ont motivé le déclenchement de l'état de nécessité et de leur évolution. Il en résultera une extrême souplesse qui s'oppose à la rigidité des garanties automatiques (43). Quelles sont, à partir de cette orientation globale, les obligations du titulaire des pouvoirs de nécessité ?

Il est difficile de lui imposer de déclarer à l'avance au moment où il déclenche l'état de nécessité et par une décision qui le lierait au moins comme maximum pendant combien de temps il envisage d'exercer les pleins pouvoirs. Ce système est contestable en ce qui concerne la durée d'application des mesures de nécessité (44). Une telle autolimitation pourrait présenter un certain intérêt sur le plan psychologique, malgré son illogisme théorique (45) : l'organe de nécessité n'oserait pas fixer au départ une durée excessive de peur de susciter la méfiance ; et il ne pourrait pas ensuite reculer sans cesse le moment où il devrait renoncer aux pleins pouvoirs, même si leur usage avait fait naître en lui la tentation d'en abuser. Mais l'organe de nécessité ne sera pratiquement jamais en mesure de fixer à l'avance le temps pendant lequel il devra disposer des pouvoirs de nécessité ; il lui faudra attendre au minimum quelques jours pour apprécier le jeu des forces en présence, ainsi que l'effet des premières mesures de nécessité. La fixation d'un délai lors du déclenchement ne pourrait jamais être plus qu'une approximation présentant à peu près tous les défauts d'une garantie automatique.

Il est possible et même indispensable, en revanche, de donner comme directive à l'organe qui déclenche le recours à l'état de nécessité de favoriser au maximum le retour à des conditions normales de fonctionnement des institutions démocratiques, c'est-à-dire de tout faire pour abréger le plus possible le délai d'utilisation des pouvoirs de nécessité.

Cela suppose qu'il ne mette pas d'obstacle à la rapidité de ce retour. Mais cela suppose davantage : qu'il y collabore activement. L'abstention ne suffit pas en ce domaine. Toutes les mesures prises par l'organe de nécessité doivent être orientées en ce sens. Les unes

---

(43) Notons d'ailleurs que cette souplesse ne répond pas exclusivement à des exigences d'efficacité mais tout autant sinon plus à des impératifs démocratiques puisqu'elle vise à faire cesser l'état de nécessité dès que les circonstances le permettent.

(44) L'article 35 de la loi espagnole du 17 juillet 1945 prévoyait cependant que le décret-loi suspendant certaines garanties constitutionnelles « fixera limitativement la durée et la portée d'une telle mesure ».

(45) On voit mal sur quel principe elle pourrait reposer, en dehors de la règle « legem patere quem fecisti » dont la nature de principe général du droit est assez contestable...

le seront seulement de façon indirecte (46) : mais d'autres devront l'être de façon plus directe, viser les conditions immédiates dont dépend la remise en place des organes constitutionnels perturbés par la crise.

Les auteurs les plus favorables à la réception de l'état de nécessité en démocratie ne manquent pas d'insister sur ce point (47). L'idée ressort également des textes constitutionnels qui consacrent l'état de nécessité. L'article 16 de la constitution française de 1958 contient explicitement ce qu'on pourrait appeler la clause du plus bref délai, rattachée directement à l'énoncé du but imparti au Président de la République dans l'utilisation des pouvoirs exceptionnels. On a beaucoup ironisé sur cette formule en en dénonçant le caractère platonique, sans voir que son libellé ne pouvait être moins vague. Il correspond pourtant parfaitement à ce que l'état de nécessité exige du bénéficiaire de la concentration des pouvoirs : c'est à lui d'apprécier le délai durant lequel l'état de nécessité peut rester en vigueur, mais son pouvoir d'appréciation, lié par la condition de but, doit le conduire à donner à ce délai le maximum de brièveté.

La façon dont cette clause a été appliquée en pratique ne suffit pas à en condamner l'inspiration. La durée de l'application de l'article 16 a manifestement dépassé le niveau d'excès que même des considérations de pure opportunité politique auraient pu justifier. Mais c'est malgré cet alinéa de l'article 16 et non à cause de lui, semble-t-il, que le Président de la République a conservé l'ensemble des pouvoirs constitutionnels pendant près de six mois, dans un mépris total des exigences démocratiques. Il était pourtant facile de faire jouer la limite de temps incluse implicitement dans le texte.

2. — L'esprit de l'article 16, parfaitement traduit dans son libellé, contient en effet l'idée générale relative à la durée des pouvoirs de nécessité : la concentration des pouvoirs doit cesser dès que cessent les circonstances qui ont motivé, et par conséquent justifié, le déclenchement de l'état de nécessité. Cette idée n'est susceptible que d'une seule interprétation exacte. C'est en vain que le Président de la République française a cherché à lui donner une signification qui la dénature complètement.

Le Président de la République a agi comme si l'utilisation des pouvoirs de nécessité ne devait cesser qu'après la disparition des causes de la crise qui avait entraîné l'application de l'article 16. Il a raisonné de la manière suivante : les facteurs qui sont à l'origine de la crise ne suffisent pas à autoriser le déclenchement de l'état de nécessité ; il faut que la menace atteigne un degré de gravité tel qu'aucun autre moyen ne permette alors d'y parer. Mais la persistance de ces

---

(46) En prenant les mesures de sauvegarde de la société elle-même, on prépare la restauration d'une infrastructure politique et économique permettant aux institutions de fonctionner.

(47) Hauriou écrivait de façon assez imagée que « l'on a hâte de rentrer dans la légalité ». Précis de droit constitutionnel, 2e éd., p. 453.

facteurs permet de maintenir l'article 16 en vigueur, même quand elle ne constitue plus une menace grave et immédiate. Autrement dit, à partir du moment où l'organe de nécessité pourrait agir pour sauver l'Etat d'un danger quelconque, il serait investi du pouvoir de neutraliser complètement les causes de la crise et il n'aurait à abandonner les pleins pouvoirs qu'une fois celle-ci complètement résorbée. Le déclenchement de l'état de nécessité aurait pour effet de remettre tous les pouvoirs entre les mains de son auteur non seulement pour remédier à un danger pressant mais encore pour régler de manière définitive le problème international, politique, économique, social... qui était au point de départ de l'ouverture de la crise.

Cette conception est tellement extensive qu'on se demande comment on peut même songer à la soutenir si l'on veut au moins conserver l'apparence de la bonne foi. Le Président de la République française la laissait pourtant entrevoir comme étant la sienne dès le communiqué officiel du 3 mai 1961 (48) ; il s'y référa ensuite constamment dans ses paroles comme dans ses attitudes (49) malgré les protestations des personnalités politiques et des juristes qualifiés. Il alla même jusqu'à faire de la cessation des pouvoirs de nécessité un acte politique, présentant leur abandon comme un moyen de sortir — à son avantage — d'une difficulté d'interprétation constitutionnelle (50). La décision de mettre fin à l'application de l'article 16 (51) — symétrique de la décision d'y recourir — fut ainsi considérée par son auteur comme une concession politique.

C'était pourtant bel et bien une obligation juridique à laquelle il aurait dû se soumettre beaucoup plus tôt. Il faut retenir en effet une interprétation beaucoup plus restrictive de la durée d'utilisation des pouvoirs de nécessité. Un parallélisme rigoureux doit être maintenu entre le déclenchement et la cessation. Les pouvoirs de nécessité doivent disparaître aussitôt que les conditions de leur octroi ne sont plus réunies, c'est-à-dire aussitôt que la menace dirigée contre l'Etat démocratique cesse d'être grave et immédiate, ou que les pouvoirs cons-

---

(48) Publié à l'issue du Conseil des Ministres. Le Ministre de l'Information y déclarait que « l'application de l'article 16 durera jusqu'à ce que l'affaire algérienne soit en voie de règlement, car cette affaire secrète une agitation permanente, des complots et des conspirations de tous ordres en Algérie et en métropole... L'article 16 permettra au chef de l'Etat à la fois de faire face à ce qui peut arriver en métropole et d'assurer le règlement de l'affaire algérienne dans des conditions aussi normales (!) que possible. » *Le Monde* du 4 mai 1961.

(49) Discours du 8 mai 1961 : « Tout le monde discerne aujourd'hui qu'il doit être remédié non seulement à la secousse que nous venons de subir, mais aux causes même qui nous rendent vulnérables. C'est dans ce but que sont mises en œuvre les dispositions exceptionnelles justement prévues par notre constitution... » *Le Monde* du 10 mai 1961.

(50) Il s'agissait de savoir si l'Assemblée Nationale pouvait voter une loi et discuter une motion de censure alors qu'elle était réunie en session extraordinaire, de plein droit, en vertu de l'article 16. cf. l'Année politique, 1961 pp. 103-107.

(51) En date du 29 septembre 1961, *J.O.* du 30 septembre, p. 8963.

titutionnels peuvent y faire face. Peu importe que la cause du danger subsiste ou non : ce seront aux institutions démocratiques normales de lui apporter le remède approprié, en tirant les leçons de la crise. L'état de nécessité n'aurait pas dû durer en France plus d'une semaine dans cette optique (52).

Cette interprétation semblera peut-être un peu sévère. Son application stricte ne risque-t-elle pas de nuire à l'efficacité ? Nous ne le pensons pas, sous le bénéfice de deux observations qui viennent tempérer ce qu'elle pourrait avoir d'excessif dans certains cas.

D'une part il ne faut pas demander une précision mathématique à une règle de droit constitutionnel toujours tributaire des facteurs politiques, encore moins s'il s'agit d'une règle destinée à jouer quand l'Etat se trouve quelque peu perturbé. La corrélation que nous venons de poser en principe ne présente pas un caractère absolu. Le droit naît des faits, il se trouve par conséquent toujours en retard sur eux. Il y aura inévitablement un léger décalage entre le moment où les circonstances n'exigeront plus l'exercice des pouvoirs de nécessité et celui où cet exercice cessera effectivement, sans qu'on puisse en faire le reproche à l'organe de nécessité. Ce décalage constitue une courte période d'incertitude soumise à l'appréciation discrétionnaire de l'organe de nécessité : il permettra de procéder aux derniers ajustements que cet organe estimera indispensables et assurera à l'ensemble du système la souplesse requise.

D'autre part et surtout, l'expiration de la période de concentration des pouvoirs n'entraîne pas *ipso facto* la disparition totale et immédiate des mesures prises par l'organe de nécessité. Ce qui est désormais interdit, c'est l'édiction de mesures nouvelles ; mais les mesures anciennes peuvent demeurer en vigueur car elles obéissent à des conditions de limitation temporelle un peu différentes.

§ 2. — *La limitation de la durée d'application des mesures de nécessité.*

Le problème de la durée d'application des mesures de nécessité apparaît sans doute moins fondamental que celui de la durée des pouvoirs de nécessité : la prolongation excessive de la durée de ces mesures porte encore une sérieuse atteinte au principe de légalité indispensable dans un Etat démocratique, mais le principe démocratique lui-même n'est plus en cause avec autant d'acuité, chacun des organes constitutionnels ayant retrouvé le plein exercice de ses compétences conformément à la constitution.

Le problème n'en est pas moins très complexe — beaucoup plus complexe — sur le plan des applications. Il est d'autant plus impor-

(52) Il est à noter d'ailleurs que ce parallélisme de fond n'entraîne pas un parallélisme de forme : c'est de plein droit que cesse la concentration des pouvoirs, il n'est pas besoin de le constater par une déclaration officielle de l'organe de nécessité, bien qu'une telle déclaration soit souhaitable car elle clarifie la situation.

tant que c'est seulement lorsque des règles claires seront posées quant à la portée du caractère provisoire des mesures de nécessité que les citoyens touchés par ces mesures retrouveront la plénitude des garanties qui doivent leur être accordées dans un Etat démocratique. Or le droit positif n'a pas encore réussi à mettre au point des techniques satisfaisantes. Il semble avoir esquivé le problème dans la quasi-totalité des cas ; c'est en fait dans le trouble et la confusion que cette question s'est trouvée réglée (53), si tant est qu'on puisse parler d'un règlement dans ces conditions. Et les règles qui ont parfois été posées se sont révélées fort peu heureuses.

Il est bon d'écarter ces solutions mal appropriées avant de tenter de dégager celles que les exigences démocratiques conformes au but de l'état de nécessité commandent de retenir.

A. — *Les solutions à rejeter.*

Deux solutions ont été proposées, apparemment très faciles à appliquer. Cette facilité provient pour l'une de son automaticité, pour l'autre de sa simplicité. Mais il faut se méfier des solutions faciles : leur résultat est bien souvent la source de difficultés nouvelles ou de situations pratiquement indéfendables.

1. — L'indication d'un délai préfixe d'application des mesures de nécessité, qui courrait soit de la date d'édiction de la mesure de nécessité, soit de la cessation des pouvoirs de l'organe de nécessité semble au premier abord la meilleure solution. Le droit positif n'a connu jusqu'ici que la première de ces deux formes ; on la retrouve plusieurs fois applicable à l'ensemble des mesures de nécessité ou à certaines d'entre elles seulement (54).

L'étendue du délai varie dans des proportions assez notables, d'autant plus qu'elle se combine avec l'intervention postérieure du Parlement qui peut la modifier dans certains cas. L'article 42 de la constitution espagnole républicaine de 1931 permettait ainsi au Gouvernement de suspendre certaiens dispositions constitutionnelles pour trente jours, les Cortès devant autoriser la suspension au bout de ce temps. Les constitutions des Lander de Rhénanie-Palatinat et de Bavière (55) limitent une suspension analogue à une semaine étant entendu que, en Bavière, la Diète peut proroger d'un mois la validité

(53) Il n'est que de voir les divergences entre les auteurs commentant les conséquences de la cessation de l'application de l'article 16. Cf. par exemple l'article de J. Lamarque (R.D.P. 1961, pp. 624-625) et celui de L. Hamon (AJ. D.A. 1961, p. 663).

(54) Il s'agit d'un délai maximum, bien entendu ; l'organe de nécessité peut toujours décider de cesser l'application d'une mesure si elle ne lui paraît plus indispensable au salut de l'Etat et ce même si la concentration des pouvoirs n'a pas encore cessé.

(55) Constitutions du 13 mai 1947 (art. 112) et du 1er décembre 1946 (art. 48).

des mesures de suspension. La constitution italienne de 1947 semble moins nette : l'article 77 précise que les décrets de nécessité perdent toute efficacité soixante jours après leur publication ; il ajoute que cette perte d'efficacité n'a lieu qu'en cas de non-ratification par les chambres, mais qu'il s'agit alors d'une perte d'efficacité rétroactive. La durée d'application est donc limitée à soixante jours bien que *a posteriori* l'application des mesures soit censée n'avoir jamais existé juridiquement.

Le délai préfixe d'application se trouve parfois imposé indirectement seulement par la constitution : c'est le cas de la loi constitutive espagnole des Cortès du 17 juillet 1945 qui oblige l'organe de nécessité à préciser dans chaque mesure la durée d'application qu'il entend lui donner. Il n'y a plus automatisme absolu, mais il reste encore une certaine rigidité.

C'est pour cela que ces limitations préfixes sont condamnables : leur manque de souplesse les fait apparaître non conformes au but de l'état de nécessité car elle empêche l'adaptation aux circonstances, l'adéquation des moyens aux fins qui demeure la liaison fondamentale des pouvoirs de nécessité. L'automatisme de la durée d'application des mesures de nécessité conduit souvent, comme pour la durée de la concentration des pouvoirs, ou à un délai trop bref, et l'efficacité est mise en cause, ou à un délai trop long, et la démocratie est inutilement sacrifiée.

2. — Ne serait-ce pas plus simple alors de lier l'expiration des pouvoirs de nécessité et la cessation de l'application des mesures de nécessité prises en vertu de ces pouvoirs puisque le caractère provisoire tiré de la finalité du recours à l'état de nécessité est valable à l'égard des uns et des autres ? Il suffirait de dire que l'application des mesures de nécessité s'arrête dès que l'organe de nécessité cesse de bénéficier de la concentration des pouvoirs.

Une telle solution a pour elle d'être logique — apparemment tout au moins. La disparition des événements qui justifient le recours à l'état de nécessité doit entraîner un retour à la normalité démocratique et la restauration intégrale de l'ordre juridique qui la réalise. Il semble tout naturel de lier la validité des mesures de nécessité dans le temps à la compétence *ratione temporis* de leur auteur. C'était la pensée des auteurs d'un commentaire officieusement autorisé de la constitution française de 1958 : « il n'y a pas de doute que si la crise est terminée, toutes les mesures prises à titre exceptionnel doivent tomber d'elles-mêmes et que la Nation retrouve un ordre constitutionnel normal » (56).

Ce système offre en outre une souplesse assez grande puisque c'est le titulaire des pouvoirs de nécessité qui apprécie lui-même la durée d'application des mesures de nécessité dont il est l'auteur en appréciant la durée de la concentration de pouvoirs dont il bénéficie.

---

(56) Notes et Etudes documentaires, n° 2530 du 11 avril 1959.

Mais c'est là précisément que transparaît le défaut de cette solution. Le but de l'état de nécessité exige une dissociation des deux problèmes, si évidente que les auteurs n'ont même pas pris la peine de la justifier (57). La durée d'application des mesures de nécessité, au moins de certaines d'entre elles, devra sans doute être dans bon nombre de cas plus longue que celle de l'utilisation des pouvoirs de nécessité (58). Certaines mesures de nécessité peuvent survivre au-delà du moment où les circonstances qui avaient justifié leur édiction ont disparu (59). Il suffit que les circonstances exigent leur maintien en vigueur, sans qu'il soit encore possible de l'obtenir par des procédure régulières. Le péril qui menaçait l'Etat démocratique cesse rarement d'un seul coup ; il s'éloigne en général progressivement sous l'influence bienfaisante des mesures de nécessité. Il se trouvera dès lors un moment où ce péril pourra être considéré comme conjuré avec suffisamment de certitude pour que des mesures nouvelles ne s'imposent plus — et alors les pouvoirs de nécessité expirent par là-même — à la condition, toutefois, que les mesures anciennes restent encore en vigueur pendant un certain délai.

Refuser d'admettre ce décalage irait à l'encontre de l'intérêt bien compris de la démocratie. Cela transparaît à travers une certaine logique réelle de l'état de nécessité, contraire à la logique apparente des pouvoirs de nécessité. Une cessation brutale de l'application des mesures de nécessité serait contraire à l'efficacité, tant d'un point de vue matériel que d'un point de vue psychologique. La réussite encore fragile d'un redressement risquerait d'être remise en cause par une réaction excessive si l'on ne prenait pas soin de ménager les transitions. Les auteurs d'une menace contre la sûreté de l'Etat que des mesures de nécessité (internement administratif, par exemple) auraient seules mis hors d'état de nuire se retrouveraient sans cela en état de reprendre leur activité subversive dès la fin des pouvoirs de nécessité (60).

Il serait certes possible à l'organe de nécessité de remédier à ces dangers soit en prolongeant la durée des pouvoirs de nécessité suffisamment pour que les mesures de nécessité reçoivent toute l'application exigée par le salut de l'Etat (61), soit en recourant à nouveau à l'état de nécessité si la fin prématurée de l'application des mesures de néces-

---

(57) Lamarque et Hamon précités, et Morange (*Le contrôle des décisions prises au titre de l'article* 16 » D. 1962. chron. p. 109).

(58) Elle pourrait aussi être plus courte pour l'une ou l'autre des mesures, mais cela ne poserait alors aucun problème : tant que la concentration des pouvoirs demeure, l'organe de nécessité peut abroger une mesure qu'il avait pouvoir d'édicter.

(59) Au moins si l'on se place dans une hypothèse d'utilisation correcte de l'état de nécessité. (Cf. G. Morange, article précité).

(60) On pourrait même concevoir qu'ils aient mis une sourdine à cette activité pendant un temps dans le seul but de provoquer l'expiration des pouvoirs de nécessité afin de porter ensuite à l'Etat le coup décisif.

(61) Cette application serait un des éléments qui entreraient en ligne de compte dans sa décision de ne plus exercer les pouvoirs de nécessité.

sité provoquait une recrudescence de la crise avec retour des conditions de fond qui avaient motivé le déclenchement initial de l'état de nécessité.

Mais ces deux éventualités condamnent une telle limitation de la durée d'application des mesures de nécessité. La concentration des pouvoirs porte au principe démocratique une atteinte plus grave que l'application de quelques mesures de nécessité déterminées ; il serait tout à fait regrettable de maintenir la première à seule fin de conserver la seconde alors qu'il serait possible de s'en tenir à la seconde seule. La remarque vaut *a fortiori* contre un nouveau déclenchement de l'état de nécessité. Le but de l'état de nécessité s'oppose à ces conséquences auxquelles conduit inéluctablement la liaison des deux problèmes de durée. Il faut donc renoncer à cette liaison elle-même.

Est-ce à dire que cette liaison ne se rencontrera jamais ? Ce serait aller trop loin ; elle devra exister dans certains cas mais ce ne sera pas une liaison absolue et globale. Elle dépendra de la nature des mesures de nécessité à laquelle il faut se référer pour déterminer les solutions applicables.

B. — *Les solutions applicables.*

Il faut se garder de trop systématiser dans une matière aussi délicate. La pratique (qui apporte seulement une contribution négative en montrant les abus à éviter (62) et les textes (qui laissent le problème sans solution en dehors des limitations automatiques impraticables) tendraient même à laisser croire que seule l'incertitude peut régner en ce domaine.

Il semble pourtant possible de dégager quelques données objectives des exigences démocratiques qui tendent à prédominer en cette fin de la seconde phase de l'exercice de l'état de nécessité. La durée d'application d'une mesure de nécessité devra être d'autant plus brève que la mesure constitue par nature une atteinte plus grave au principe démocratique. On peut ainsi essayer de distinguer le sort des mesures de suspension constitutionnelle, celui des mesures de nécessité législatives et réglementaires, enfin celui des mesures de nécessité individuelles.

1. — Les mesures de suspension constitutionnelle qui portent l'atteinte la plus grave au principe démocratique devront disparaître les premières. Le titulaire des pouvoirs de nécessité marquera ainsi clairement sa volonté de respecter l'ordre démocratique dès que le salut de l'Etat est assuré et de rendre effectif le retour à un fonctionnement normal des institutions démocratiques. Les mesures de suspension cons-

---

(62) Et dont la décision du Président de la République française du 29 septembre 1961 prise en même temps que la déclaration de fin d'application de l'article 16 est un bel exemple...

titutionnelle sont d'ailleurs amenées par nature à disparaître très rapidement, en même temps pratiquement que les pouvoirs de nécessité. Les deux limitations temporelles coïncident sur ce point. La raison en est que la concentration des pouvoirs s'opère dans une large mesure à travers la suspension des dispositions constitutionnelles et que la seconde tombe donc avec la première. Il est aisé de s'en rendre compte aussi bien pour les dispositions constitutionnelles formelles que pour les dispositions constitutionnelles matérielles (63).

La concentration spontanée des pouvoirs entre les mains de l'autorité de nécessité conduit toujours à un bouleversement des règles constitutionnelles qui président à la répartition des compétences entre les organes constitutionnels. Elle équivaut donc à une suspension des dispositions relatives à l'organisation et au fonctionnement des institutions politiques. Sa cessation est en même temps celle des mesures de suspension qui affectaient les dispositions constitutionnelles relatives à la répartition des compétences. Sa disparition entraîne donc celle de la suspension des dispositions constitutionnelles formelles. L'effet de la mesure se confond ici avec le pouvoir de l'édicter ; le premier ne peut survivre quand le second n'existe plus (64).

La situation est moins évidente en ce qui concerne les mesures de nécessité qui suspendent des dispositions constitutionnelles matérielles. Celles-ci contiennent, rappelons-le, l'énoncé des principes fondamentaux de la démocratie, en particulier la reconnaissance de libertés publiques au profit des citoyens. Or c'est souvent à propos de la restriction de telle ou telle liberté que se vérifie l'affirmation selon laquelle la concentration des pouvoirs peut cesser sans mettre l'Etat en péril une nouvelle fois à condition seulement que certaines mesures de nécessité demeurent en vigueur pendant un certain temps.

Il ne faut pas confondre cependant la suspension et la restriction des libertés. La liberté a toujours des bornes, ne serait-ce que son usage par autrui selon la célèbre formule de la Déclaration des Droits en 1789 ; la démocratie exige seulement que ces bornes soient fixées par la loi et que la loi ne puisse jamais aller jusqu'à une suppression totale de la liberté. On se trouve, au sortir d'une crise politique grave, devant l'alternative suivante quant au point de savoir si la reconnaissance des libertés publiques présente plus de dangers que l'Etat n'en peut supporter. Ou bien la sécurité de l'Etat exige qu'une ou plusieurs

---

(63) Nous avons déjà évoqué cette distinction. Elle ne saurait avoir de conséquences juridiques, mais rien n'empêche de l'utiliser comme outil d'analyse lorsqu'elle facilite la compréhension d'un raisonnement, comme c'est ici le cas.

(64) La décision de mettre fin à l'application de l'article 16 rétablissait ainsi automatiquement le Parlement dans l'intégralité de son pouvoir de voter la loi et de censurer le Gouvernement, en admettant qu'il l'eût perdu ce qui n'est rien moins que certain.

Elle restituait au Gouvernement le plein exercice de sa compétence de « conduite générale de la politique de la Nation » avec les moyens que la constitution lui accorde à cette fin, en particulier le pouvoir réglementaire ou le contreseing de l'exercice de ce pouvoir par le chef de l'Etat.

libertés publiques soient totalement supprimées c'est-à-dire que la suspension des dispositions constitutionnelles les proclamant soit maintenue ; c'est alors le signe que la sauvegarde de l'Etat est encore bien aléatoire et que les pouvoirs devront pratiquement demeurer concentrés. Ou bien la sécurité de l'Etat permet l'abandon des pouvoirs de nécessité et le rétablissement des libertés à condition seulement que ces dernières soient réglementées de façon plus étroite qu'en temps normal (65) ; il y a dans ce cas restriction de liberté et non plus suppression, les dispositions constitutionnelles proclamant le principe de liberté ne sont plus suspendues.

Il reste tout de même que la liberté est réglementée par des mesures de nécessité et non par la loi. On est en présence de mesures de nécessité législatives qui, comme les mesures règlementaires, ne tombent pas automatiquement quand cesse la concentration des pouvoirs.

2. — Les solutions effectivement données au problème de la durée d'application des mesures de nécessité législatives et réglementaires offrent le spectacle d'une certaine diversité qui confine parfois à l'incohérence. Un élément commun doit cependant se trouver à la base de toutes ces solutions : les mesures législatives et réglementaires doivent tomber dès que la nécessité de leur maintien en vigueur ne s'impose plus. Et il n'appartient plus à l'organe de nécessité d'en juger, au moins en ce qui concerne les mesures législatives (66) ; la responsabilité principale passe entre les mains du Parlement qui peut leur substituer des dispositions nouvelles, ou les abroger sans autre explication, ce qui a pour effet de remettre automatiquement en vigueur les dispositions antérieures provisoirement modifiées par les mesures de nécessité (67). Le problème de la durée d'application de ces mesures tend ainsi à se confondre avec celui du contrôle de l'exercice de l'état de nécessité (68). Il en est cependant détachable, d'une part

---

(65) C'est ce qu'a estimé le Président de la République française lorsque par décision du 29 septembre 1961, il a maintenu en vigueur la loi sur l'état d'urgence.

(66) Qui constituent l'essentiel de cette catégorie. Les mesures réglementaires de nécessité seront fort rares. Ce ne peuvent pas être des mesures réglementaires portant atteinte à une loi, qui seraient des mesures de nécessité législatives. Ce seront ou des mesures réglementaires prises en application des mesures de nécessité législatives — et elles suivent tout naturellement le sort de celles-ci — ou des mesures réglementaires autonomes prises par le titulaire des pouvoirs de nécessité empiétant sur la compétence d'une autre autorité réglementaire, qui ne se rencontrent pas très souvent.

(67) Une loi aurait pu ainsi juridiquement abroger les dispositions prises par le Président de la République en vertu de l'article 16 nonobstant la décision présidentielle du 29 septembre 1961 décidant de les maintenir partiellement en vigueur jusqu'à une date déterminée.

(68) C'est pourquoi nous l'évoquerons très brièvement ici, en nous en tenant à ce qui concerne le caractère provisoire de ces mesures à l'exclusion des règles de procédure.

en ce qui concerne la période précédant le contrôle (69) et d'autre part en ce qui concerne l'éventualité d'une absence de ratification parlementaire. Quel doit être, dans les deux cas, le sort des mesures de nécessité législatives et réglementaires ? (70).

Une distinction paraît s'imposer à cet égard entre les mesures que l'on pourrait qualifier de bonne administration et les mesures qui tendent très directement à la sauvegarde de l'Etat (71).

Les mesures législatives ou réglementaires qui tirent exclusivement leur source des circonstances qui ont entraîné la concentration spontanée des pouvoirs doivent tomber dès que les conditions du déclenchement de l'état de nécessité ne sont plus réunies. La solution doit être ici la même que pour les mesures de suspension constitutionnelle, sous réserve d'une souplesse de fait un peu plus grande. De telles mesures contribuent activement à la sauvegarde de l'Etat qui est leur seule raison d'être. Celle-ci peut être assurée dès lors que la concentration des pouvoirs n'est plus indispensable ; les mesures qui tendraient uniquement à la réaliser ne peuvent que cesser de s'appliquer à ce moment (72 et 73).

Les mesures de « bonne administration » sont des mesures qui ne trouvent pas leur motif dans les événements qui ont provoqué le recours à l'état de nécessité. Les circonstances les ont cependant rendues indirectement nécessaires en empêchant l'organe compétent de les prendre et en contraignant le titulaire des pouvoirs de nécessité à suppléer à cette défaillance. Ce sont au fond des mesures qu'il aurait fallu édicter même en dehors de toute crise parce qu'elles assurent la marche quotidienne de l'Etat. Leur adoption répondait cependant au but de l'état de nécessité puisque leur non-édiction aurait affaibli l'Etat ; mais leur caractère anormal provient de l'incompétence de leur auteur plutôt que de leur contenu.

Aucun problème ne se pose pour ces mesures. Elles doivent demeurer en vigueur sans limitation de temps ; elles n'ont pratiquement pas de caractère provisoire si ce n'est que l'autorité compétente peut

---

(69) On peut fort bien concevoir un système où les mesures de nécessité législatives et réglementaires tombent avant que les organes de contrôle n'aient statué à leur sujet.

(70) Il pourrait y avoir disparition de l'application de ces mesures par survenance du terme fixé dans ces mesures elles-mêmes. Nous l'admettons sous une réserve : que le terme n'aille pas au-delà de celui qu'imposent les exigences démocratiques conformément aux principes généraux de limitation temporelle. Sans quoi les mesures de nécessité devraient tomber avant même le terme fixé.

(71) Cf. G. Morange : *Le contrôle des décisions prises au titre de l'article* 16. D. 1962, chron. p. 109.

(72) C'est la solution de la jurisprudence administrative française dans l'arrêt Laugier du 16 avril 1948, S. 1948.III.36 concl. Letourneur.

(73) Pour les mesures réglementaires, cela pourrait se traduire en France par une intervention des tribunaux administratifs en application de la jurisprudence Despujol (C.E. 10 janvier 1930. S. 1930.III.41. Cf Auby : *L'influence du changement de circonstances sur la validité des actes administratifs unilatéraux.* R.D.P. 1959, p. 431).

toujours les abroger et les remplacer par d'autres dispositions à l'expiration des pouvoirs de nécessité ; encore faut-il préciser qu'elle peut le faire dans les seules limites et selon les seules règles et principes applicables en la matière.

3. — Il est impossible de donner des solutions aussi nettes en ce qui concerne les mesures individuelles de nécessité. On ne peut qu'indiquer des directives d'ordre général, destinées à éviter au maximum la confusion et l'arbitraire.

Le sort des mesures individuelles de nécessité ne peut pas être lié automatiquement à celui des mesures législatives ou réglementaires sur lesquelles elles s'appuient (74). Cela créerait tout d'abord des inégalités injustifiées puisque nous avons posé le principe que des mesures particulières de nécessité pouvaient intervenir sans être précédées de mesures générales. Cela ne serait pas conforme ensuite aux exigences bien comprises de la démocratie : on peut transposer au rapport entre mesures réglementaires et mesures individuelles ce que nous avons dit du rapport entre concentration des pouvoirs et application des mesures de nécessité : les mesures réglementaires de nécessité peuvent cesser de s'appliquer sans dommage pour la défense de l'Etat à condition que les mesures individuelles continuent à produire leurs résultats (75). Aussi les mesures individuelles sont-elles appelées, dans l'ensemble, à cesser d'être en vigueur les dernières ; cela est normal puisqu'elles perturbent moins que les autres l'ordre juridique démocratique. Les effets des mesures intégralement acquis dans le passé doivent continuer à se produire dans l'avenir, sous réserve d'une intervention de l'organe de contrôle en sens contraire.

Il semblerait néanmoins judicieux, pour éviter les injustices, de poser en principe que les autorités normalement compétentes devront revoir les décisions individuelles dans un délai déterminé, suffisamment long pour que leur révision — et éventuellement leur remplacement par des mesures conformes à l'ordre juridique normal de l'Etat démocratique — puisse s'opérer avant que ces mesures ne cessent de produire effet sans compromettre la sûreté de l'Etat ou le maintien de l'ordre public.

Ce système n'a jamais été adopté par le droit positif qui n'a pratiquement pas réglé à l'avance la question de la durée d'application des mesures de nécessité individuelles. Cette carence provient sans doute de ce que les constituants ont estimé inutile de se préoccuper de cette question : ils ont préféré s'en remettre aux organes

---

(74) Sauf en ce qui concerne les mesures individuelles de bonne administration qui suivent le même sort que les mesures législatives ou réglementaires ayant ce caractère.

(75) Nous pensons en particulier aux internements administratifs.

chargés de contrôler l'utilisation des pouvoirs de nécessité. C'est en effet dans la possibilité qui leur est laissée de rompre le silence sur les mesures de nécessité que réside la garantie organique du caractère provisoire de l'état de nécessité dont nous venons de voir les principes. Il faut donc l'organiser en prévoyant les conditions d'un contrôle démocratique de l'état de nécessité.

TITRE III

LE CONTROLE DEMOCRATIQUE DE L'ETAT DE NECESSITE

Le contrôle de l'état de nécessité — troisième phase du déroulement chronologique de cette institution — est d'une importance capitale pour l'Etat démocratique. Ce n'est pas dans un souci de symétrie purement formelle que nous abordons maintenant le troisième volet du tryptique, mais parce que cette troisième étape est le complément nécessaire des deux précédentes, le contrepoids indispensable pour réaliser, dans une perspective dynamique, l'équilibre général entre les exigences de l'efficacité et les exigences de la démocratie.

Le problème du contrôle de l'état de l'état de nécessité est sans doute, avec l'étude des conditions de déclenchement, le point qui a soulevé le plus d'intérêt en doctrine ; il n'est pas un auteur ayant entrepris une étude générale ou particulière sur l'état de nécessité qui ne lui ait consacré une bonne part de ses développements (1). De fait, il serait absolument vain de dégager les règles applicables au déclenchement de l'état de nécessité et de rechercher selon quelles directives doivent être utilisés les pouvoirs de nécessité si une procédure de

---

(1) Munci Kapani : *Les pouvoirs extraordinaires de l'exécutif en temps de guerre et de crise nationale.* Th. Genève, 1949. L'auteur consacre un chapitre au contrôle des pouvoirs extraordinaires dans chacune des parties traitant respectivement de la Suisse, de la Grande-Bretagne et des Etats-Unis.

G. Jeze : *L'exécutif en temps de guerre. Les pleins pouvoirs du Conseil Fédéral suisse.* R.D.P. 1917, p. 224.

R. Hoerni : *De l'état de nécessité en droit public fédéral suisse.* Th. Genève, 1917.

L. Hamon : *A propos de l'article* 16. *Quelques questions juridiques.* A.J. D.A. 1961, p. 663.

J. Lamarque : *La théorie de la nécessité et l'article* 16 *de la constitution de* 1958. R.D.P. 1961, p. 618.

Légalité constitutionnelle et contrôle juridictionnel des actes pris en vertu de l'article 16. J.C.P. 1962, n° 1711.

G. Morange : *Le contrôle des décisions prises au titre de l'article* 16. D. 1962, chron. p. 109.

contrôle n'était pas prévue pour les sanctionner et garantir par là leur respect par l'organe de nécessité.

Le contrôle de l'état de nécessité présente une importance qui déborde le cadre étroit de la phase ultime de l'exercice de l'état de nécessité. Son influence se fait sentir dès l'origine sur les deux phases précédentes, même lorsque les conditions d'exercice qui y sont applicables répondent avant tout aux impératifs d'efficacité ; c'est même à ce moment, peut-être, que le contrôle joue son plus grand rôle parce que, alors, son éventualité constitue la seule limite objective à l'action du titulaire des pouvoirs de nécessité.

La pensée du contrôle qu'il devra subir agira en effet de manière permanente sur le titulaire des pouvoirs de nécessité pour freiner toute tentative ou simplement toute velléité d'abus. Mais ce frein sera un frein bénéfique et non pas un frein paralysant : le titulaire des pouvoirs de nécessité aura d'autant plus de chances de surmonter l'épreuve du contrôle que le résultat dont il pourra faire état sera satisfaisant. La perspective d'un contrôle auquel il ne peut échapper aura ainsi pour l'organe de nécessité une influence à la fois stimulante en ce sens que la sauvegarde de l'Etat sera portée à son crédit, et modératrice en ce sens que l'emploi de moyens disproportionnés au but poursuivi sera porté à son débit. L'organisation ex-ante d'un contrôle efficace est le meilleur moyen de prévenir la matérialisation des dangers que l'état de nécessité fait courir à l'avenir de la démocratie dans l'Etat.

Le contrôle de l'état de nécessité offre en même temps un grand avantage sur le plan théorique : il répare en quelque sorte l'antinomie logique de l'état de nécessité et de la démocratie. Il ne saurait certes effacer l'ineffaçable, mais il permet de marquer de façon claire la restauration de l'ordre juridique démocratique. Le peuple recouvre rétroactivement, grâce au contrôle, les pouvoirs que l'organe de nécessité avait exercés en son nom.

Le contrôle de l'état de nécessité ne peut cependant remplir cette fonction réparatrice et préventive que s'il présente un caractère démocratique. Les impératifs démocratiques sont ici au premier plan. Les exigences de l'efficacité n'existent plus car le contrôle s'exerce presque totalement *a posteriori* (2). On peut certes continuer à parler d'efficacité, mais sur un tout autre plan : celui de l'efficacité du contrôle, d'autant mieux assurée que le contrôle est plus démocratique.

Deux conditions vont s'avérer indispensables à cet égard. La première a trait à l'organe chargé du contrôle : il doit être en mesure de faire contrepoids au titulaire des pouvoirs de nécessité par ses com-

---

(2) Les exigences de l'efficacité peuvent encore être présentes au départ dans la mesure où le contrôle commence à s'exercer très tôt ; mais elles sont appelées à s'effacer progressivement et de plus en plus rapidement.

pétences et son autorité. La seconde a trait à l'étendue du contrôle : il faut que le contrôle soit le plus large possible dans son objet et dans ses conséquences. Les solutions que nous retiendrons sur ces deux points comme étant de nature à assurer un contrôle efficace conduisent à un contrôle démocratique pour qu'au terme de cette phase ultime de l'état de nécessité, la démocratie sorte non seulement restaurée, mais encore renforcée.

Chapitre I

L'ORGANE CHARGE DU CONTROLE

Le choix de l'organe — ou des organes — chargé du contrôle de l'état de nécessité est assez malaisé car il doit répondre à trois exigences difficilement conciliables pour permettre l'exercice d'un contrôle démocratique et efficace.

En premier lieu, le contrôle de l'état de nécessité ne sera vraiment efficace que s'il est suffisamment rapide. Ce n'est pas à dire qu'il doive être terminé dans un délai très bref à compter de l'extinction des pouvoirs de nécessité, fût-ce au prix du sérieux du contrôle (1). Mais il faut disposer d'un moyen de contrôle susceptible d'entrer en action très rapidement, de façon presque concomitante à l'utilisation des pouvoirs de nécessité. Cela suppose que le contrôle soit confié à des organes capables de l'exercer presque instantanément, donc à des organes préconstitués qui puissent remplir des fonctions de cette nature sans avoir besoin d'un effort d'adaptation par trop considérable.

En second lieu, le contrôle doit être l'œuvre d'un organe jouissant d'une compétence (au sens courant du terme) appropriée c'est-à-dire d'un organe qui soit en mesure de par son origine et ses fonctions normales d'apprécier en toute connaissance de cause la façon dont a été exercé l'état de nécessité. Le déclenchement et l'utilisation de l'état de nécessité sont des actes de grande portée politique ; l'organe chargé de les contrôler devra par conséquent avoir une connaissance suffisante des réalités politiques qui ont commandé la concentration des pouvoirs.

En troisième lieu enfin, le contrôle doit être l'œuvre d'organes qui jouissent d'une considération suffisamment grande dans l'Etat, afin que la perspective d'avoir à leur rendre des comptes impressionne l'organe de nécessité, afin aussi que les décisions de contrôle s'imposent

---

(1) Encore qu'un contrôle dont la sanction tarderait par trop à intervenir serait peu redoutable pour l'organe de nécessité et perdrait ainsi une bonne part de son utilité.

à tous avec une autorité incontestée. C'est une condition absolument indispensable, mais très difficile à remplir : n'oublions pas que le titulaire des pouvoirs de nécessité qui a mené à bien une mission de salut public bénéficie d'un énorme accroissement de prestige. Il est malaisé de trouver un organe qui ait une autorité supérieure à la sienne pour rendre, éventuellement contre lui, des décisions craintes ex-ante et respectées ex-post.

Cette triple exigence conduit à une première conclusion. Une certaine antinomie existe entre l'exigence d'un contrôle rapide et celle d'un contrôle doté d'une autorité assez forte : la seconde ne peut être satisfaite que par l'attribution du contrôle à un organe très démocratique, et le caractère démocratique entraîne toujours une certaine lenteur. La solution du problème ne peut résider que dans une certaine pluralité des organes investis du pouvoir de contrôle. Il y aura tout intérêt à faire coexister un contrôle par des organes juridictionnels et un contrôle par des organes politiques, le premier ayant plutôt l'avantage de la rapidité, le second plutôt celui de l'autorité démocratique.

Mais ces deux types d'organes de contrôle ne sauraient avoir un rôle équivalent. La nécessité de confier le contrôle à un organe doté de connaissances politiques s'oppose à ce que le juge se voie reconnaître une compétence trop étendue : ce serait à la fois préjudiciable à un exercice correct du contrôle et à l'autorité ultérieure du juge. La restriction du contrôle par un organe juridictionnel sera d'ailleurs d'autant moins gênante que le contrôle politique lui-même pourra être organisé de façon à réaliser une relative rapidité.

Le choix des organes de contrôle conduit donc à un dualisme inégalitaire. Le contrôle par un organe juridictionnel doit être un contrôle restreint ; l'essentiel du contrôle doit revenir à des organes politiques.

Section I

LE ROLE RESTREINT DU CONTROLE PAR UN ORGANE JURIDICTIONNEL

Il peut sembler surprenant de n'accorder qu'une place restreinte aux organes juridictionnels dans le contrôle de l'état de nécessité. Car ce contrôle doit être démocratique et le développement de la démocratie s'est accompagné des progrès du contrôle juridictionnel de légalité. Mais c'est oublier que le contrôle juridictionnel n'est qu'une des conditions — et en même temps une conséquence — du principe démocratique. Il serait excessif de faire reposer sur lui seul l'édifice constitutionnel de l'Etat démocratique, tout comme il serait excessif de

lui refuser toute possibilité de contribuer à la consolidation de cet édifice. Le rôle du juge dans l'Etat démocratique se situe entre ces deux extrêmes : le contrôle de l'état de nécessité par des organes juridictionnels ne saurait jouer le rôle principal mais il peut avoir un caractère partiel très utile, voire irremplaçable.

§ 1. — *Le contrôle juridictionnel ne saurait jouer le rôle principal.*

L'attribution de la responsabilité principale en matière de contrôle de l'exercice de l'état de nécessité à un organe juridictionnel — organe juridictionnel spécial ou hiérarchie des organes juridictionnels de droit commun (2) — est une solution très séduisante *a priori* (3). La préconstitution, l'impartialité, le caractère juridique d'un tel organe semblent autant d'arguments en sa faveur.

Les organes juridictionnels fourniraient tout d'abord l'avantage d'exister dès le déclenchement de l'état de nécessité et d'être prêts à fonctionner à tous moments. Le contrôle pourrait ainsi être mis en œuvre instantanément, sans aucune intervention extérieure. Les circonstances qui motivent le déclenchement de l'état de nécessité ne vont pratiquement jamais jusqu'à détruire ou paralyser toute la hiérarchie des tribunaux et des cours (4) ; si, par exception, la crise avait atteint un tel degré de gravité, il serait de toute façon prématuré de commencer à exercer un contrôle tant que les institutions sont bou-

(2) Nos développements concerneront surtout les organes juridictionnels de droit commun car le problème des juridictions spéciales ne mérite pas d'examen particulier. De telles juridictions ont un double caractère — politique et juridique ; l'un ou l'autre prédomine selon les Etats. Si c'est le caractère politique, on ne peut plus dire qu'on soit en présence d'un contrôle vraiment juridictionnel ; on se trouve d'ailleurs dans la situation la plus mauvaise qui soit par rapport à l'idéal démocratique : de telles juridictions sont peu représentatives, mieux vaut confier le contrôle de l'état de nécessité à un organe politique plus représentatif. Si c'est le caractère juridique qui prédomine, on peut facilement appliquer à ces juridictions, mutatis mutandis, ce que nous dirons du contrôle par les organes juridictionnels de droit commun. La supériorité qu'on pourrait leur reconnaître sur ces derniers (rapidité, autorité) risque de se trouver annihilée par leur caractère récent, ou leur apparence de juridiction d'exception, qui diminuent leur prestige aux yeux de l'opinion face aux organes suprêmes de la hiérarchie judiciaire de droit commun

(3) Les républicains indépendants viennent de déposer une proposition de révision constitutionnelle prévoyant un contrôle de l'application de l'article 16 par une Cour suprême de Justice qui pourrait mettre fin à l'application de cet article au bout de 60 jours (*Le Monde* du 23 novembre 1963).

(4) Réserve faite de certains cas d'application de la loi martiale dans les pays anglo-saxons lorsque cette application conduit à la création de cours martiales parce que, précisément, les juridictions ordinaires ne sont plus en état de fonctionner. Encore faut-il remarquer d'une part que les applications qui ont été faites de ces cas ont presque toujours été abusives (ne serait-ce que parce que l'état de nécessité a été exercé dans le domaine juridictionnel), et d'autre part que les tribunaux ordinaires ont été très vite amenés à contrôler les actes de ces juridictions, l'interruption de leur fonctionnement n'étant en fin de compte que très momentanée.

leversées au point de rendre impossible un rétablissement du fonctionnement régulier des juridictions. La permanence d'une juridiction spéciale serait sans doute moins assurée, mais elle le serait encore plus que celle d'un organisme de contrôle à caractère politique.

L'organe juridictionnel bénéficierait ensuite d'une qualité très précieuse : l'impartialité. La concentration et l'utilisation des pouvoirs de nécessité sont des actes de haute portée politique et comme tels risquent de prendre un caractère passionnel, même si l'organe de nécessité s'efforce de demeurer de bonne foi. Un contrôle juridictionnel présenterait l'avantage d'une réaction bienfaisante — à la différence d'un contrôle politique qui serait presque toujours une réaction passionnelle et excessive en sens contraire. L'impartialité du juge serait en particulier très appréciable pour contrôler les mesures de nécessité qui ont porté atteinte aux libertés publiques d'ordre politique : c'est en ce domaine que les abus du titulaire des pouvoirs de nécessités ont le plus à craindre (5).

L'organe juridictionnel serait enfin le mieux placé pour exercer un contrôle juridique sur l'exercice de l'état de nécessité. Le contrôle de l'état de nécessité comporte une part d'appréciation purement juridique, qui relèverait de la technique de l'acte juridictionnel. Le caractère discrétionnaire de la concentration et de l'utilisation des pouvoirs de nécessité ne s'opposerait pas à ce que le juge les contrôle (6) : le droit administratif reconnaît depuis longtemps au juge un droit de regard sur l'exercice du pouvoir discrétionnaire, notamment en ce qui concerne le détournement de pouvoir.

Mais précisément, le juge peut glisser très facilement du contrôle du détournement de pouvoir à un contrôle de l'opportunité. Et il faut absolument éviter ce glissement qui ferait du juge l'organe principal de contrôle de l'état de nécessité. Il existe trop d'objections à ce qu'il joue le premier rôle en ce domaine.

L'idée générale qui les inspire est très simple. Elle tient toute dans cette remarque qu'un organe juridictionnel a un caractère trop

---

(5) Le régime anglais qui substitue au droit commun, en période de crise, un droit d'exception permettant l'atteinte aux libertés mais sous la garantie du juge et dans les limites fixées par lui, a donné des résultats satisfaisants dans l'ensemble pour le contrôle de l'état de nécessité (C. J. Friedrich : *La démocratie constitutionnelle*, p. 391).

(6) La preuve en serait fournie par l'attitude des juridictions suprêmes de quelques Etats démocratiques qui se sont reconnues compétentes pour apprécier directement sinon le contenu des mesures de nécessité qui leur paraissait relever du domaine de l'opportunité, du moins les éléments dont la réunion constitue la condition indispensable de la concentration des pouvoirs. Ainsi en a-t-il été de la jurisprudence de la Cour de Cassation roumaine (cf. l'arrêt du 18 octobre 1926 cité par J. Lamarque, R.D.P. 1961, p. 574) qui se réservait le contrôle de l'existence objective d'un péril imminent, ainsi que celle de la Cour de Cassation italienne à partir de 1922 (Lamarque, précité, p. 576), attitude d'autant plus significative qu'elle était issue d'un revirement de la jurisprudence antérieure qui refusait d'apprécier même la nécessité objective. La jurisprudence du Conseil d'Etat français relative aux circonstances exceptionnelles comporte une part analogue d'appréciation juridique.

exclusivement juridique pour être apte à exercer de manière satisfaisante un contrôle général sur la concentration et l'utilisation des pouvoirs de nécessité. Ce caractère juridique va jusqu'à transformer en inconvénients très graves les avantages que la préconstitution, l'impartialité et la nature juridique de sa mission semblaient procurer au juge dans l'exercice d'un éventuel contrôle de l'état de nécessité à titre principal.

1. — Il n'est pas exact que l'organe juridictionnel tire de sa préconstitution une rapidité d'intervention extrêmement sensible. Cette rapidité est très relative : elle s'apprécie par rapport à la rapidité d'un contrôle exercé par des organes qui ne seraient pas en état de fonctionner et qui ne pourraient peut-être pas s'y trouver dans un très proche avenir. Mais il n'en reste pas moins que les lenteurs du fonctionnement de la justice sont inéluctables, même quand elles n'atteignent pas le stade pathologique. Un délai assez long pourra s'écouler entre le déclenchement de l'état de nécessité ou l'édiction des mesures de nécessité et le moment où le contrôle juridictionnel deviendra effectif. Le fait qu'il soit mis en œuvre assez vite n'implique pas qu'il soit dès le départ efficace. La phase préparatoire du contrôle ne constitue pas un obstacle sérieux aux abus ; c'est seulement lorsqu'on arrive à la phase proprement juridictionnelle que l'organe de nécessité rencontre une limitation sérieuse à son action. Or les impératifs de la procédure juridictionnelle sont tels que cette seconde phase ne s'ouvrira pas avant un certain temps (7).

La lenteur du contrôle risque au surplus d'être accrue par les obstacles auxquels il peut se heurter au départ. Ces obstacles proviennent précisément de ce que, étant le fait d'un organe préconstitué, il est presque concomitant à l'exercice des pouvoirs de nécessité. Le contrôle de l'état de nécessité ne rencontre pas de difficulté majeure du côté des exigences d'efficacité parce qu'il est *a posteriori*. Mais ces exigences peuvent réapparaître dans la mesure où il tend à se rapprocher chronologiquement du déclenchement de l'état de nécessité. Nous n'avons pu tenir le domaine judiciaire hors des pouvoirs de l'organe de nécessité qu'à la condition de reconnaître à ce même organe un pouvoir de suspension à son égard. On peut donc craindre qu'un conflit n'éclate entre l'organe juridictionnel et le titulaire des pouvoirs de nécessité : le premier voudrait commencer à exercer son droit de contrôle, le second prétendrait que l'Etat est encore en trop grand péril pour que

(7) On pourrait, il est vrai, suggérer d'organiser le contrôle juridictionnel de l'état de nécessité de manière à simplifier la procédure dans cette hypothèse particulière. Rétorquons immédiatement à celà qu'une certaine complication de la procédure est indispensable au sérieux et à l'autorité de la justice, et que prévoir une procédure sommaire pour le contrôle de l'état de nécessité ruinerait totalement ce qui fait la valeur d'un contrôle juridictionnel en risquant de politiser ce contrôle sans augmenter en contrepartie le caractère démocratique de l'organe qui en est chargé.

l'on puisse accepter la moindre discussion relative aux mesures de nécessité sans porter atteinte à leur autorité à un moment où elle est encore cruciale pour le salut de l'Etat.

C'est seulement lorsque le danger sera manifestement éloigné qu'un tel conflit ne risquera plus d'éclater (8). Mais on ne voit plus très bien dans ce cas l'intérêt du caractère préconstitué de l'organe de contrôle : tant que cet intérêt (l'instantanéité de déclenchement du contrôle) existe, le contrôle peut être battu en brèche par les pouvoirs de suspension de l'organe de nécessité ; et quand il ne risque plus de l'être, l'intérêt a très largement disparu... (9).

2. — L'impartialité de l'organe juridictionnel constitue elle aussi une objection au choix d'un tel organe pour contrôler l'exercice de l'état de nécessité à titre principal.

Le juge serait appelé à se prononcer au sortir d'une période de crise, voire avant son expiration complète. Son impartialité risque dès lors de n'être pas aussi intacte qu'en temps normal : l'exercice de sa fonction a pu être perturbé assez profondément par les événements, même si l'organe de nécessité n'a pas pu se l'approprier ; les principes de l'organisation judiciaire ont sans doute dû demeurer intangibles, mais ils ont pu cesser momentanément de recevoir application ; les principes législatifs et constitutionnels que les juges appliquaient quotidiennement ont été ou modifiés ou suspendus pendant un temps... Tout ceci est de nature à porter atteinte à l'impartialité des organes juridictionnels en dépit même des efforts des hommes qui les composent. Il faut un certain apaisement, un certain retour au calme — donc un certain délai — avant que cette impartialité atteigne à nouveau le degré requis par un exercice correct des fonctions. L'impartialité du juge commençant à exercer son contrôle aussitôt après l'utilisation des pouvoirs de nécessité risque d'être un mythe ; et comme tous les mythes, elle peut être dangereuse en donnant à l'opinion publique de fausses garanties (10).

L'impartialité de l'organe juridictionnel temporairement amoindrie par l'état de nécessité risquerait au surplus d'être définitivement compromise si le contrôle de l'état de nécessité était confié à cet organe à titre principal. C'est là une objection décisive.

---

(8) Ou alors il y aurait abus flagrant de la part de l'organe de nécessité et le juge devrait le censurer...

(9) Il subsisterait théoriquement dans une période intermédiaire, quand la menace commence à être suffisamment conjurée pour que les exigences démocratiques du contrôle puissent recevoir un début de satisfaction. Cette période peut être assez rapprochée du déclenchement de l'état de nécessité pour que le caractère préconstitué puisse faire sentir ses effets bénéfiques. Mais les limites de cette période restent trop incertaines : qui aura compétence pour les fixer ? On va au-devant de difficultés inextricables...

(10) Il n'en irait autrement que si l'opinion ne se laissait pas endormir par ces assurances illusoires et dénonçait le mythe de l'impartialité. Mais dans ce cas le contrôle perd toute valeur : œuvre d'un organe sinon discrédité, du moins amoindri dans son autorité, il est lui-même frappé de discrédit ou de faiblesse.

Les décisions du juge, même supposées rendues en toute objectivité, seront ou favorables ou défavorables à l'organe de nécessité ; elles apparaîtront à l'opinion — et au pouvoir politique (11) — comme une approbation ou une condamnation de cet organe, même si le juge ne l'a pas voulu. Elles seront inévitablement interprétées comme une prise de position politique dans un sens ou dans l'autre. Le juge sera loué excessivement par les uns, blâmé sans retenue par les autres, et chaque fois la critique revêtira un tour passionnel. Comment le juge pourrait-il continuer ensuite à exercer ses fonctions avec autorité et considération de la part de l'opinion ? Son impartialité sera immanquablement suspectée, même si elle est réelle en fait. On cherchera une orientation politique à sa jurisprudence, que l'on proclamera tendancieuse alors même qu'elle serait la stricte application du droit. Le mythe sera ici celui de la partialité, mais ce sera un mythe encore plus préjudiciable au bon fonctionnement de l'Etat démocratique. Il faut que le juge se tienne hors des conflits passionnels pour préserver l'avenir d'une bonne administration de la justice. Son impartialité — ou plutôt la conviction que l'opinion doit avoir de cette impartialité — est à ce prix. Elle ne survivrait pas à l'attribution au juge d'un rôle principal dans le contrôle de l'état de nécessité.

3. — La raison essentielle en est que le contrôle de l'état de nécessité est par nature beaucoup plus politique que juridique. Il est pratiquement impossible d'établir une cloison étanche entre le droit et la politique en matière constitutionnelle ; toute interprétation d'une règle de droit a une portée politique parce qu'elle ne peut se faire de façon satisfaisante qu'en faisant appel à des considérations politiques ou, sans aller aussi loin, qu'en s'appuyant sur des principes généraux qui sont le reflet de la philosophie politique du régime. Le contrôle du juge comporte toujours un aspect politique quand il apprécie si les conditions du déclenchement de l'état de nécessité étaient réunies ou si les mesures de nécessité étaient inspirées par la volonté de sauver l'Etat et étaient proportionnées à ce but. Or la formation du juge, son mode de recrutement, l'exercice de ses fonctions le préparent assez mal à une tâche aussi politique (12).

Un organe juridictionnel se sentira mal à l'aise pour exercer le contrôle principal de l'état de nécessité. On risque de se trouver — l'expérience l'a montré — en présence de deux réactions de l'organe juridictionnel devant la concentration et l'utilisation des pouvoirs de nécessité, réactions aussi excessives l'une que l'autre.

---

(11) Cf. par analogie la réaction du Gouvernement — extrêmement mal venue à notre avis — au lendemain de l'arrêt Canal du 19 octobre 1962. Voir en particulier le communiqué publié par le Cabinet du Premier Ministre le lendemain (*le Monde* du 21-22 octobre 1962).

(12) On peut transposer ici les critiques dirigées contre le système d'un contrôle purement juridictionnel de la constitutionnalité des lois. Cf. par exemple R. Pinto : *La fin du Gouvernement des juges*, RDP 1950, p. 833.

Le juge pourra tout d'abord être tenté de transposer intégralement dans le contrôle de l'état de nécessité les méthodes qu'il emploie habituellement et de faire en la matière ce que l'on qualifie parfois avec dédain de « juridisme ». Autrement dit, le juge pourra faire preuve d'étroitesse d'esprit et ne pas tenir compte des impératifs de la nécessité en se référant au droit positif strict. Ce risque se matérialisera essentiellement lorsque la constitution rigide n'a pas prévu le recours à l'état de nécessité. Chargés d'appliquer le droit — et pour eux le droit c'est la règle écrite — les organes juridictionnels pourront condamner systématiquement toute violation de la règle écrite, donc le recours à l'état de nécessité. Le système aboutirait à une condamnation en bloc de toute l'œuvre de salut public. C'est la position des jurisprudences qui se refusent à toute réception de l'état de nécessité (13). Elle est intenable parce qu'irréaliste ; il est donc opportun d'éviter aux organes juridictionnels d'avoir l'occasion de l'adopter (14).

Le juge conscient de son manque de qualification pourrait, à l'inverse, reculer devant une décision qui risque de l'engager politiquement, au moins en apparence. Il pourrait faire preuve de timidité et se réfugier dans un refus de prendre position. Plusieurs jurisprudences se sont ainsi déclarées incompétentes (15) par référence à la nature particulière des actes de l'organe de nécessité (nature politique du déclenchement de l'état de nécessité, nature législative des mesures de nécessité...) (16). Cette solution n'était pas indiscutable au regard du droit en vigueur : la jurisprudence aurait aussi bien pu se déclarer compétente. Elle ne l'a pas fait, estimant ne pas avoir les aptitudes requises pour assumer de telles responsabilités. Il est à craindre qu'elle n'ait recours à d'autres moyens d'éluder le problème si une disposition légale venait lui donner expressément compétence, lui ôtant ainsi la possibilité de se dérober ouvertement. La netteté du contrôle en souffrirait beaucoup.

L'organe juridictionnel n'en serait pas au fond le vrai responsable. On ne peut pas lui demander de remplir une mission pour laquelle il

---

(13) En particulier la jurisprudence américaine et la jurisprudence de la Cour de Cassation française.

(14) Une consécration constitutionnelle ou légale de l'état de nécessité atténuerait quelque peu ce risque ; mais on aurait toujours à craindre malgré tout une interprétation restrictive du texte constitutionnel, d'autant plus qu'il ne peut tracer très précisément ses propres limites et qu'il appartiendrait donc au juge de le faire.

(15) Jurisprudence roumaine avant 1926, jurisprudence italienne de la fin du XIX^e^ siècle (article de Lamarque, précité), Conseil d'Etat français (2 mars 1962, Rubin de Servens et autres).

(16) La mise en jeu de l'article 16 est un acte de gouvernement pour le Conseil d'Etat français (décision Rubin de Servens, précitée, conclusions Henry au JCP 1962, n° 12.613, Lamarque : *Légalité constitutionnelle et contrôle juridictionnel des actes pris en vertu de l'article* 16, J.C.P. 1962, d. 1711, G. Morange : *Le contrôle des décisions prises au titre de l'article* 16, D. 1962, chron. p. 109). Les mesures d'application qui sont du domaine législatif ont une nature législative (mêmes références).

n'est pas fait. Comment voudrait-on que le juge statue à partir d'un droit conditionnel ? La jurisprudence est sans doute source de droit, mais ce n'est pas une source autonome. Elle ne peut créer un ordre juridique complet. La création d'un ordre juridique destiné à remplacer le droit en vigueur pendant la période de nécessité est une opération politique et la politique échappe à la compétence du juge.

Le juge peut cependant intervenir dans la mesure où existe un ordre juridique pour en combler les lacunes sur tel ou tel point déterminé. Il se rencontre des cas de ce type dans l'exercice de l'état de nécessité. Le contrôle qui s'y rapporte peut alors être confié à un organe juridictionnel. Celui-ci n'est pas à exclure radicalement du contrôle de l'état de nécessité ; seulement, il n'exercera qu'un contrôle partiel.

§ 2. — *L'organe juridictionnel peut exercer un contrôle à titre partiel*

Le problème d'un juste équilibre entre la primauté du juge et son effacement total n'est guère facile à résoudre. C'est ce qui explique la rareté des prévisions constitutionnelles en ce domaine (17) et l'incertitude du droit positif. Deux ordres de facteurs doivent entrer en ligne de compte, ce qui empêche de donner au problème une solution catégorique, valable en tous temps et en tous lieux.

Il faut d'abord tenir compte des compétences que le droit positif reconnaît au juge en période normale. La part de contrôle qui lui sera confiée ne sera vraiment exercée de manière efficace que si elle correspond aux fonctions que le juge est habitué à remplir. C'est seulement à cette condition qu'il pourra y déployer ses qualités sans avoir besoin de faire un effort d'adaptation auquel il ne serait nullement préparé (18). Les systèmes juridictionnels varient d'un Etat à l'autre ; une certaine disparité s'ensuivra quant au rôle du juge dans le contrôle de l'état de nécessité.

L'accord est ensuite loin d'être réalisé en doctrine et en jurisprudence sur l'interprétation du caractère partiel du contrôle par un organe juridictionnel. On relève, semble-t-il, une tendance assez nette à adopter comme ligne de clivage permettant de séparer le contrôle par un organe juridictionnel du contrôle par un organe politique celle qui oppose le déclenchement de l'état de nécessité à l'utilisation des pouvoirs de

---

(17) L'alinéa 3 de l'article 48 de la Constitution bavaroise est pratiquement le seul à prévoir que « en outre, il est loisible d'adresser à la Cour bavaroise des litiges constitutionnels une réclamation contre ces mesures. La Cour sera tenue de prendre une décision au moins provisoire dans le délai d'une semaine ». La locution « en outre » rapprochée de l'alinéa 2 qui organise un contrôle politique montre bien le caractère secondaire du contrôle de la Cour. Remarquer également qu'elle peut ne prendre qu'une décision provisoire.

(18) Il n'est certes pas indispensable d'aller jusqu'à dire que l'état de nécessité ne saurait en aucun cas entraîner un accroissement des pouvoirs du juge ; mais il faut que cet accroissement porte sur des tâches de la nature de celles qui sont normalement l'apanage du juge.

nécessité. Le juge serait compétent pour apprécier la nécessité ou l'urgence c'est-à-dire pour connaître du point de savoir si les conditions de déclenchement étaient effectivement réunies ; mais son rôle se bornerait là : il ne pourrait étendre son contrôle aux mesures de nécessité elles-mêmes, en particulier vérifier leur adéquation aux fins poursuivies car c'est une question d'opportunité (19).

C'est une position indéfendable, contraire à l'idée que tout ce qui est politique doit échapper au juge. De tous les actes dont l'adoption constitue l'exercice de l'état de nécessité, c'est la décision de déclenchement (20) qui présente la plus grande portée politique : elle est la source de toutes les décisions ultérieures, et surtout c'est elle qui apporte le plus grand bouleversement à l'ordre constitutionnel démocratique à partir de l'appréciation d'une situation formée essentiellement d'éléments d'ordre politique.

La part de contrôle laissée aux organes juridictionnels doit être recherchée dans une tout autre direction. Les mesures de nécessité les plus importantes doivent échapper au juge, tandis que les mesures plus modestes, en particulier les mesures d'application dont les organes politiques se désintéressent souvent, peuvent relever sans inconvénient des pouvoirs d'appréciation d'un juge. Il nous faut insister à ce propos sur le domaine et sur la portée qu'il convient d'attribuer à ce contrôle juridictionnel partiel afin de réagir contre la tendance doctrinale et jurisprudentielle opposée qui obscurcit quelque peu ces questions.

A. — *Domaine du contrôle juridictionnel* (21).

La détermination du domaine du contrôle juridictionnel peut partir de la distinction des mesures de nécessité en fonction de la nature de chacune d'elles fondée sur la compétence des organes qui, en période normale, auraient pu seuls prendre la mesure en question.

---

(19) Cette position fut celle de la jurisprudence roumaine entre les deux guerres et, dans une certaine mesure, celle des jurisprudences italienne et grecque (Lamarque précité, pp. 574-576). Dans le même ordre d'idées, on peut signaler la différence formelle dans la façon dont le Conseil Constitutionnel français est appelé à donner son avis d'une part sur la mise en vigueur de l'article 16 (avis motivé et publié après consultation officielle) et d'autre part sur les mesures d'application (consultation secrète).

(20) Lorsqu'il n'y a pas de décision de déclenchement juridiquement isolée, c'est l'acceptation délibérée de faire un acte qui outrepasse ses compétences qui tient lieu d'une telle décision de la part de l'organe de nécessité et qui a la même portée politique et psychologique.

(21) Nous traitons en principe du domaine du contrôle de l'état de nécessité dans notre chapitre II. Nous avons néanmoins inclus l'étude du domaine du contrôle juridictionnel dans cette section parce qu'elle est entièrement dominée par la prise en considération de l'organe qui exerce le contrôle. La question du contrôle juridictionnel ne bénéficie pas de l'autonomie qui est celle de la question du contrôle politique sur ce point.

Le domaine du contrôle juridictionnel sera réduit aux mesures qui sont par nature soumises habituellement à un contrôle de ce type. L'application de cette idée conduit presque naturellement à restreindre ce domaine aux mesures dont le caractère juridique est tout aussi accentué, sinon plus, que le caractère politique.

1. — La décision de déclenchement de l'état de nécessité, les mesures de suspension constitutionnelle et les mesures législatives ne doivent pas être soumises au contrôle juridictionnel car ce sont des actes de grande portée politique. La solution contraire conduirait en fait à donner au juge un rôle principal dans le contrôle de l'état de nécessité. Deux questions peuvent cependant se poser à propos des mesures législatives.

Comment concilier, tout d'abord, l'exclusion du contrôle juridictionnel avec l'existence éventuelle d'un contrôle de même nature portant habituellement sur la constitutionnalité des lois ? Ne conviendrait-il pas dans ce cas d'apporter une exception au principe général d'exclusion ? L'organe de nécessité étant en quelque sorte substitué au Parlement chargé de voter les lois, les textes qu'il édicte sont soumis au même régime que les lois ; leur conformité à la constitution pourrait être contestée devant l'organe juridictionnel (juridiction spéciale ou juge ordinaire) habilité à juger de la constitutionnalité des lois (22).

Le droit positif n'a pas retenu cette solution et nous pensons que cela se justifie parfaitement. Négligeons le fait qu'un contrôle purement juridictionnel de la constitutionnalité des lois soit déjà sujet à de sérieuses réserves, qui ne peuvent manquer de s'accentuer lorsque les circonstances tendent à le politiser encore davantage. Il reste qu'on voit mal quel contrôle de constitutionnalité pourrait s'exercer sur les mesures de nécessité puisqu'il faut reconnaître à l'organe investi des pouvoirs de nécessité le droit de suspendre telle ou telle disposition constitutionnelle sans limitation d'objet si la sauvegarde de l'Etat l'exige. Une mesure de nécessité législative en contradiction avec la constitution est en réalité une mesure de suspension constitutionnelle et ne peut être censurée. Un contrôle de constitutionnalité des mesures législatives de nécessité est inconcevable parce que le cadre de référence auquel ce contrôle se rattache en période normale est amené à s'effriter au fur et à mesure que l'efficacité l'exige, donc au fur et à mesure que les mesures qui seraient soumises à ce contrôle interviennent.

---

(22) On pourrait ainsi concevoir que les décisions prises en vertu de l'article 16 de la constitution française de 1958 puissent être déférées par le Premier Ministre ou les Présidents des Chambres au Conseil Constitutionnel, que les décrets-lois pris en vertu de l'article 77 de la constitution italienne puissent venir en discussion devant la Cour Constitutionnelle, que la Cour Suprême des Etats-Unis apprécie par voie d'appel la conformité du contenu d'un acte du Président de la République (en dehors même de toute question de compétence) à la constitution fédérale...

Seul le maintien en vigueur d'une mesure de suspension constitutionnelle au-delà de ce qui est nécessaire à la sauvegarde de l'Etat pourrait peut-être être contesté devant l'organe juridictionnel chargé d'assurer le respect de la constitution. Mais il s'agit alors du problème plus général de l'éventualité d'un contrôle juridictionnel portant sur le caractère provisoire des mesures législatives de nécessité.

Cette seconde question ne peut manquer de se poser dans les Etats où l'exécutif est soumis à un contrôle de légalité de la part d'une juridiction quelconque. Il faut articuler dans le temps le droit applicable en période de nécessité et le droit applicable en période normale. Ce dernier prévoit, en effet, que l'exécutif (titulaire en fait des pouvoirs de nécessité la plupart du temps) doit rester dans le cadre des lois ; et le juge censure par l'annulation tout acte réglementaire qui contrevient à une disposition légale. Mais de tels actes se justifient en période de nécessité : ce sont eux qui constituent les mesures de nécessité législatives. Un même règlement sera dès lors tantôt soumis au juge qui pourra l'annuler (en période normale), tantôt soustrait au contrôle juridictionnel (en période de nécessité). Le problème se pose alors de savoir si le juge, en présence d'un acte réglementaire modifiant une loi, peut ou non exercer son contrôle, alors que l'organe exécutif auteur de l'acte allègue qu'il l'a édicté dans une période de nécessité tandis que le requérant prétend que cette période était expirée.

La solution se rattache évidemment au fond à ce que nous avons dit du caractère provisoire de l'état de nécessité. Le juge devra incontestablement censurer toute mesure législative intervenue alors que la concentration des pouvoirs a officiellement pris fin (23), ou toute mesure législative prise antérieurement à l'expiration de la période de nécessité et que l'organe de nécessité voudrait continuer d'appliquer après cessation de ses pouvoirs alors qu'une décision quelconque a décidé de ne plus la maintenir en vigueur.

Mais que décider dans les autres cas qui seront malheureusement assez fréquents ? La meilleure solution semble être la suivante. Il n'appartient pas en principe à un organe juridictionnel d'apprécier lui-même la durée de l'état de nécessité ; il existe donc une sorte de présomption en faveur de l'interprétation que l'organe de nécessité donne du caractère provisoire de l'état de nécessité. Le juge devra se réfugier derrière cette présomption pour trancher les cas douteux.

Mais il pourra exercer son contrôle dès qu'apparaît un abus manifeste de la durée d'utilisation des pouvoirs de nécessité. La disparition évidente des conditions de déclenchement de l'état de nécessité tient alors lieu de constatation officielle de l'expiration de la période de nécessité. L'inconvénient du système tient, bien entendu, dans l'imprécision des termes employés : qu'est-ce qu'une évidence manifeste ?

---

(23) Par décision du titulaire des pouvoirs de nécessité ou par décision des organes de contrôle.

Ce sera au juge d'apprécier, étant entendu que l'intervention d'un organe politique est souhaitable afin d'éviter que le juge n'ait à se livrer trop souvent à cette appréciation dans laquelle il devra, en tout cas, faire preuve d'une extrême prudence.

2. — L'organe juridictionnel sera en revanche beaucoup plus libre en ce qui concerne le contrôle des mesures prises dans le domaine exécutif. Il se trouve ici sur son terrain véritable, au moins dans les Etats qui connaissent le contrôle juridictionnel et l'administration. On peut donc poser en principe que le contrôle de l'application des mesures de nécessité relève de la compétence des organes juridictionnels.

Ce principe peut être admis sans difficulté. Il suffit simplement de préciser ce que seront en fait ces mesures de nécessité exécutives. Il y en aura essentiellement deux sortes : des actes réglementaires d'une part, des actes individuels d'autre part. Le juge pourra contrôler les mesures de nécessité réglementaires prises en application des mesures de nécessité législatives (24) ou modifiant des règlements antérieurs dans des conditions qui ne seraient pas légales en temps normal (25). Il pourra également connaître de l'ensemble des actes individuels pris en application ou des mesures de nécessité législatives ou des mesures de nécessité réglementaires.

Signalons seulement que le contrôle de toutes ces mesures par l'organe juridictionnel aura une portée différente de celle du contrôle exercé en temps normal par ce même organe sur les actes réglementaires ou individuels jouant un rôle analogue d'application. Nous reviendrons sur ce point.

3. — Nous devons auparavant apporter une dernière précision concernant les mesures de nécessité qui toucheraient à l'organisation ou au fonctionnement du pouvoir judiciaire, en nous souvenant que de telles mesures sont interdites à l'exception des mesures de suspension de l'activité juridictionnelle.

Ces dernières n'ont pas à être soumises à d'autre contrôle qu'à celui d'un organe politique pour la raison très simple qu'elles n'entraînent pas d'effet positif : le besoin d'un contrôle juridictionnel ne se fait donc pas sentir. Tout ce qui pourra les affecter, c'est une critique de l'opportunité de la suspension ; elle ne saurait être le fait que d'un organe politique.

Les autres mesures que le titulaire des pouvoirs de nécessité aurait pu édicter dans le domaine judiciaire au mépris de la liaison de but

---

(24) Ce sont les actes pris en application des mesures prises en vertu de l'article 16 étudiés par la doctrine française notamment L. Hamon (article précité AJ.DA 1961, pp. 665-666), G. Morange (article précité D. 1962, p. 109), J. Lamarque (JCP 1962, d. 1711) et par le commissaire du gouvernement Henry dans ses conclusions sous l'arrêt Rubin de Servens (JCP 1962 j., n° 12.613).

(25) Mais non pas les mesures de nécessité règlementaires qui modifieraient des lois car ce sont en réalité des mesures de nécessité législatives.

affectant ces pouvoirs doivent être considérées comme nulles de plein droit. Il n'y a aucune difficulté alors à reconnaître aux tribunaux la possibilité de constater cette nullité, à tout moment. C'est là une question de droit pur ; aucun élément d'opportunité n'intervient, qui pourrait être pour eux une source de complication (26). Le moyen d'annulation est ici très simple : c'est l'irrégularité de l'objet même de la mesure.

Mais cette simplicité demeure particulière aux mesures touchant à l'organisation et au fonctionnement du pouvoir judiciaire, précisément parce qu'elles sont interdites. Le problème est beaucoup plus compliqué pour les mesures de nécessité intervenant dans un domaine autorisé et soumises au contrôle du juge, car la portée du contrôle juridictionnel normal est affectée par l'état de nécessité.

B. — *Portée du contrôle juridictionnel.*

Les effets de l'état de nécessité sur l'ordre juridique de l'Etat démocratique — substitution d'un droit conditionnel au droit normalement en vigueur — obligent à se poser la question de savoir quelle est la portée du contrôle juridictionnel sur les mesures de nécessité lorsque ce contrôle est possible. Elle diffère en effet sensiblement de la portée du contrôle juridictionnel normal.

Le problème essentiel est celui des moyens qui peuvent être utilement présentés à l'appui d'une requête tendant à l'annulation des mesures de nécessité soumises à contrôle juridictionnel. Leur pertinence doit être appréciée en fonction de l'exigence d'une certaine cohérence des mesures de nécessité les unes par rapport aux autres, voire d'une certaine hiérarchie. Mais le juge n'en devra pas moins tenir compte des circonstances de nécessité et des conséquences que l'organe de nécessité a tirées de la survenance des événements. Une certaine analogie avec la théorie des circonstances exceptionnelles, d'ailleurs appelée à jouer dans certains cas, vient ici à l'esprit.

Le contrôle juridictionnel sur les mesures de nécessité exécutives prises directement par le titulaire des pouvoirs de nécessité se trouve ainsi dépourvu de toute portée pratique. Les moyens font en effet défaut pour apprécier leur valeur en dehors du problème de leur opportunité. Il ne saurait y avoir vice d'incompétence puisque le titulaire des pouvoirs de nécessité concentre tous les pouvoirs à son profit. Le vice de forme ne saurait davantage être allégué puisqu'il est couvert

---

(26) A notre avis, le Conseil d'Etat aurait dû pour cette raison donner gain de cause au sieur Rubin de Servens. L'arrêt du 2 mars 1962 (JCP 1962 j. n° 12613) a eu le tort de s'en tenir au fait que la décision du 3 mai 1961 (créant un ordre de juridiction et fixant les règles de procédure pénale applicables) présentait un caractère législatif et d'exclure en conséquence la compétence du juge. Le Conseil d'Etat aurait dû pousser plus loin l'analyse, jusqu'à étudier l'objet même de la décision.

par l'urgence, en application de la théorie des circonstances exceptionnelles. La violation de la règle de fond est impossible puisque l'organe de nécessité est pour un temps maître de la hiérarchie des textes (27). Seul le détournement de pouvoir pourrait être invoqué. Mais la jurisprudence est toujours très prudente sur ce terrain ; admettre le détournement de pouvoir de la part de l'organe de nécessité en personne reviendrait à exercer un contrôle trop marqué politiquement. Il faudrait vraiment que le détournement de pouvoir soit flagrant pour que l'organe juridictionnel puisse le retenir.

La question du contrôle des mesures d'application prises par une autre autorité que l'organe de nécessité est beaucoup plus délicate. Elle ne saurait recevoir de réponse uniforme. Tout dépend du degré de liaison que la mesure d'application présente avec la mesure prise par l'organe de nécessité. Plus cette liaison est étroite, et plus la portée du contrôle est réduite, et plus cependant le contrôle peut être énergique. Une dépendance très forte de la mesure d'application envers la mesure de nécessité supérieure exclut toute dépendance de la mesure d'application envers d'autres règles ou principes généraux du droit. Mais elle permet en même temps au juge de censurer tout manquement à la dépendance envers la mesure supérieure de nécessité. Il est facile de montrer ce double aspect à propos de chacun des différents moyens d'annulation possibles.

Supposons, par exemple, la mesure d'application prise par une autorité qui aurait été incompétente en temps normal. On se trouve devant l'une des deux hypothèses suivantes : ou bien c'est sur une délégation expresse de l'organe de nécessité que cette mesure a été prise par son auteur et en ce cas le moyen tiré de l'incompétence est sans effet. Ou bien c'est contrairement à la volonté du titulaire des pouvoirs de nécessité ou en tout cas en dehors de sa volonté que l'autorité a agi et le juge pourra dans ce cas retenir le moyen tiré de l'incompétence (28).

Le même raisonnement serait valable pour le vice de forme : si la dispense de certaines formalités est prévue dans une mesure de nécessité édictée par l'organe de nécessité, on ne peut reprocher à l'auteur de la mesure d'application l'omission de l'une de ces formalités. Mais si la mesure de nécessité supérieure prévoit ou maintient une formalité, le juge pourra apprécier la gravité du vice de forme, toujours en tenant compte des circonstances.

Quant à la violation de la règle de fond, c'est sans doute à son propos que le contrôle juridictionnel des mesures exécutives de néces-

---

(27) On aurait pu songer peut-être à s'appuyer sur ce moyen quand l'organe de nécessité prend une mesure individuelle dérogeant à une mesure générale de nécessité, en application du principe général du droit qui veut que toute mesure particulière s'appuie sur un texte de portée générale. Mais nous avons déjà critiqué une position aussi rigoriste ci-dessus, p. 278.

(28) Sous réserve de l'application directe de la théorie des circonstances exceptionnelles à la mesure d'application.

sité peut avoir la portée la plus large. Il appartient très certainement au juge de comparer ces mesures d'exécution avec les textes et décisions que ces mesures appliquent et de censurer ces mesures en cas de contrariété. Le juge pourra également apprécier la conformité de la mesure d'exécution au but poursuivit non tant par le recours à l'état de nécessité lui-même que par les mesures de l'organe qui a déclenché ce recours.

Ceci revient à dire que les mesures de nécessité forment une sorte de système juridique et qu'un organe juridictionnel peut et doit contrôler l'harmonie intérieure de ce système. La volonté du titulaire des pouvoirs de nécessité joue ici, toutes proportions gardées, le rôle de celle du législateur dans un Etat démocratique, qui reconnaît le principe de la suprématie de la loi. Le juge exerce son contrôle par référence à cette volonté ; il est même chargé de la faire respecter par ceux qui prétendent agir en son nom. Mais il ne peut, sauf exception, apprécier la valeur de cette volonté elle-même. Les actes qui en découlent directement échappent à son pouvoir de contrôle, tout comme la loi.

Mais le parallèle entre les deux volontés — celle de l'organe de nécessité et celle du législateur — ne saurait être poussé au-delà du contrôle juridictionnel, les exigences démocratiques ne peuvent laisser la première agir sans aucun contrôle. On ne dispose encore que d'un contrôle très partiel de l'état de nécessité lorsqu'on a reconnu à l'organe juridictionnel la mission de connaître des mesures de nécessité que l'on pourrait au fond qualifier de subalternes. Il reste à organiser le contrôle qui porte sur la part la plus importante de l'exercice de l'état de nécessité. Ne pouvant être confié à un organe juridictionnel, ce contrôle devra être l'œuvre d'organes politiques.

Section II

LE ROLE ESSENTIEL DU CONTROLE PAR DES ORGANES POLITIQUES

Le caractère politique — hautement politique même — de l'état de nécessité tend à ce que le rôle essentiel en matière de contrôle soit confié à des organes politiques : c'est un principe de saine gestion et une garantie d'efficacité que de confier l'exercice d'une activité à celui qui est compétent par vocation naturelle.

Cette idée pourrait se heurter à des objections. Un organe politique risque de faire preuve de passion et de partialité et l'exercice du contrôle principal de l'état de nécessité par un tel organe risque de ne pas constituer un contrepoids suffisant à l'utilisation des pouvoirs de nécessité si largement dominée par les impératifs d'efficacité.

Un contrôle par des organes politiques est d'autre part techniquement défectueux dans la mesure où il est assez lent : le caractère politique implique la publicité (en démocratie tout au moins), c'est-à-dire l'information sérieuse et la discussion ouverte et libre, toutes exigences qui demandent d'assez longs délais.

Ces objections ne doivent pourtant pas conduire à écarter une forme de contrôle, qui est au demeurant la seule possible. Mais elles obligent à confier le contrôle à deux organes successifs.

Les exigences du droit seront respectées par un contrôle de nature politique à condition que ce contrôle soit l'œuvre de l'organe dont la volonté politique est, dans l'Etat, une source incontestable de droit, c'est-à-dire de l'organe souverain. Il faut donc, en démocratie, que le peuple exerce lui-même directement un contrôle sur l'état de nécessité.

Mais l'organisation d'un contrôle populaire demande un certain délai ; les impératifs généraux qui conditionnent l'efficacité du contrôle s'opposent à l'absence de tout contrôle pendant ce temps. Il faut donc passer par une étape intermédiaire et chronologiquement antérieure : celle du contrôle par un organe parlementaire (29).

§ 1. — *Première étape : le contrôle parlementaire* (30).

Cette première étape mérite d'autant plus de retenir l'attention que, malgré son caractère théoriquement subsidiaire, c'est la seule que connaisse le droit positif. Il faut exploiter à fond les virtualités qu'elle recèle, faute de quoi on se condamne à ne plus avoir de contrôle du tout. Un soin tout particulier doit donc être apporté à son étude.

Un très large accord semble s'être réalisé chez les démocrates pour admettre la nécessité d'un contrôle de l'exercice de l'état de nécessité par l'organe parlementaire et pour en tirer les conséquences, en particulier pour entourer ce contrôle de toutes les garanties indispensables. La justification de ce contrôle et l'exposé de ces garanties montrent bien que, en règle générale, le droit positif est parvenu sur ce point à un degré d'élaboration que l'on peut estimer satisfaisant dans l'ensemble.

---

(29) Le droit positif est à vrai dire très loin de ce schéma. Il connaît dans une large mesure le contrôle parlementaire, mais il ignore totalement le contrôle populaire. Cette carence n'enlève rien cependant à la nécessité du double contrôle. Elle nous obligera, par la force des choses, à nous étendre davantage sur les organes de contrôle parlementaires, mais cette disproportion ne doit pas faire perdre de vue que ces organes ne devraient avoir ni l'exclusivité, ni même la prépondérance.

(30) Un problème se pose dans les pays de bicaméralisme. Le contrôle doit-il être l'œuvre de la seule assemblée du peuple (la plus représentative) ou des deux assemblées ? La réponse n'est pas uniforme. Elle dépend du point de savoir si la constitution consacre un bicaméralisme parfait ou imparfait. Dans le premier cas, le contrôle sera effectué par les deux Chambres (Italie, Suisse...), dans le second cas il sera l'œuvre de l'assemblée prépondérante, l'autre ne faisant qu'y participer plus ou moins activement, voire s'en trouvant totalement exclue (France, Grande-Bretagne...)

A. — *La nécessité d'un contrôle parlementaire.*

Le contrôle parlementaire est un moyen terme, une conciliation entre deux caractères que doit revêtir le contrôle de l'état de nécessité et qui conditionnent son efficacité : un contrôle par un organe suffisamment démocratique, c'est-à-dire par un organe très représentatif, et un contrôle relativement rapide, qui implique un organe pré-constitué. La nature de l'organe parlementaire fait apparaître son aptitude à exercer un tel contrôle ; son intervention est une étape à la fois logique et précieuse en pratique.

I. — L'organe parlementaire est un intermédiaire logiquement indispensable à un contrôle démocratique de l'état de nécessité. L'incompatibilité logique de l'état de nécessité et de la démocratie tient pour une part à ce que la hiérarchie des organes constitutionnels se trouve entièrement bouleversée, l'essentiel (pour ne pas dire la totalité) du pouvoir se trouvant concentré entre les mains de l'organe le moins représentatif. Le contrepoids nécessaire à cette incompatibilité logique va dès lors consister en une restauration des organes les plus représentatifs dans leurs prérogatives normales et même, pour tenir compte de l'excès de privation de pouvoirs qu'ils ont subi, dans une extension momentanée de ces prérogatives pour tout ce qui touche à la concentration et à l'utilisation des pouvoirs de nécessité.

Il paraît ainsi normal, tout d'abord, de recourir à un organe parlementaire pour contrôler l'exercice de la fonction législative par le titulaire des pouvoirs de nécessité. Nous aurons l'occasion de voir les techniques par lesquelles le droit positif organise concrètement le fonctionnement du contrôle parlementaire sur ces mesures. Contentons-nous de mettre en relief le fait que l'octroi du contrôle de l'exercice de l'état de nécessité en ce domaine à un organe parlementaire n'est au fond que la restitution à cet organe de compétences dont les impératifs de la sauvegarde de l'Etat démocratique l'avaient momentanément privé. Le Parlement est en quelque sorte le gardien naturel des textes qui ont été son œuvre : c'est donc à lui de censurer (par approbation ou désapprobation) les suspensions, modifications, voire substitutions, bref l'ensemble des atteintes qui leur ont été portées.

La même remarque tirée d'une sorte de parallélisme des compétences pourrait être faite à propos du contrôle des décisions de suspension constitutionnelle dans la mesure où d'une part la loi peut venir réglementer l'exercice des droits et libertés contenus dans la constitution et dans la mesure où, d'autre part, les assemblées parlementaires ont presque toujours un rôle important à jouer en matière de révision constitutionnelle, même si le dernier mot ne leur apartient pas.

Il faut aller plus loin. La logique veut que ce soit également l'organe parlementaire qui exerce dans une première étape le contrôle de l'exercice de la fonction exécutive par le titulaire des pouvoirs de nécessité. Une telle solution peut sembler bizarre. Elle est en réalité

des plus normales pour plusieurs raisons. Tout d'abord, il n'est pas possible de séparer totalement la fonction exécutive des autres fonctions étatiques, en particulier de la fonction législative qui ne devient effective que dans et par elle. Ensuite la fonction parlementaire ne consiste pas exclusivement dans le vote des lois, au moins en régime parlementaire ; elle se double d'une fonction à laquelle l'évolution des démocraties modernes tend à conférer un rôle de premier plan, la fonction de contrôle de l'activité gouvernementale ; le contrôle de l'exercice de l'état de nécessité en matière exécutive n'est pas d'une autre nature. Enfin, le Parlement étant plus représentatif que le titulaire des pouvoirs de nécessité (31), il est conforme à la logique démocratique de lui attribuer un large pouvoir de contrôle sur l'ensemble de l'exercice de l'état de nécessité. Son intervention constitue un pas en avant sur la voie d'un retour au fonctionnement des institutions démocratiques (32).

2. — L'étape parlementaire du contrôle de l'exercice de l'état de nécessité est également très précieuse en pratique. Une mise en œuvre rapide du contrôle constitue une garantie essentielle, voire la seule garantie, du caractère provisoire de l'état de nécessité (33). L'organe parlementaire est en général à même d'intervenir assez vite pour contrôler l'exercice de l'état de nécessité. Le fonctionnement d'une assemblée parlementaire, trop lourd pour permettre l'édiction des mesures urgentes indispensables à la sauvegarde de l'Etat, ne l'est plus lorsqu'il s'agit d'exercer le contrôle (34).

---

(31) Ceci est valable même au cas où ce titulaire serait un Président de la République élu au suffrage universel. Car seul un Parlement peut contenir en son sein la représentation de toutes les tendances de l'opinion.

(32) Le seul point sur lequel pourrait buter la logique du choix du Parlement comme organe principal de contrôle de l'ensemble de l'état de nécessité est l'obligation de concilier ce choix avec la reconnaissance d'un contrôle juridictionnel limité à certains aspects du domaine exécutif. La difficulté n'est pas insurmontable. Il suffit de faire jouer le principe de subsidiarité à l'intérieur de ce domaine. L'organe juridictionnel n'exerce son contrôle que tant que l'organe parlementaire n'a pas pris le relai : l'intervention des organes juridictionnels (Cour de Cassation française, italienne, grecque...) porte toujours sur des décrets non ratifiés. Ceci sera d'ailleurs assez fréquent, le Parlement ne pouvant pousser son contrôle jusque sur chacune des modalités d'application des mesures de nécessité.

(33) Autant d'ailleurs par la menace qu'elle fait peser sur le bénéficiaire de la concentration des pouvoirs que par l'effectivité de sa réalisation.

(34) L'organe de nécessité a sans doute bénéficié bien souvent de pouvoirs considérables pendant un laps de temps assez long sans contrepartie suffisante du côté du contrôle parlementaire. Mais la faute en revient aux assemblées parlementaires, à leur propre carence et non à un quelconque empêchement extérieur tenant à la nature du contrôle. Un effort des assemblées parlementaires lorsqu'elles ont pris conscience du danger que leur apathie pouvait faire courir à la démocratie a pu, dans la majorité des cas, remédier de façon très satisfaisante aux lenteurs qu'on leur avait à juste titre reprochées. L'exemple de la Suisse pendant la première guerre mondiale est assez typique à cet égard. Voyez en particulier l'attitude de l'Assemblée Fédérale en 1914 et le revirement ultérieur. Cf. sur ce point Munci Kapani : *Les pouvoirs extraordinaires de l'exécutif en temps de guerre.* Thèse précitée, 1re partie, chapitre IV, section II.

La rapidité de fonctionnement du contrôle parlementaire se trouve renforcée par l'absence de règles rigides applicables à l'amorce du contrôle. L'essentiel pour la restauration de l'ordre démocratique est que la concentration des pouvoirs soit réduite à son minimum. Toutes les formes du déclenchement du contrôle parlementaire qui constituent un commencement d'atténuation à la concentration des pouvoirs doivent donc être autorisées, malgré leurs imperfections ou leur caractère partiel.

Il est tout à fait concevable que l'organe parlementaire, même imparfaitement constitué, s'attaque à ébaucher un pré-contrôle de l'exercice de l'état de nécessité. Le contrôle par un organe parlementaire incomplet ne se heurte pas à des obstacles insurmontables ; il est sans doute très imparfait démocratiquement, mais il est déjà préférable à la confusion absolue des pouvoirs, et il n'a pas un caractère définitif : l'organe parlementaire est amené à se compléter très vite, au fur et à mesure d'un retour à la normale ; la décision parlementaire définitive de contrôle est prise par le Parlement dans son ensemble, à la suite d'une sorte d'instruction préalable qui peut déjà se dérouler hors de la présence de la totalité des Parlementaires (35). Il y a là toute une gradation dans le contrôle, qui va se renforçant au fur et à mesure que les institutions de l'Etat démocratique reviennent à un rythme de fonctionnement normal.

La même souplesse peut d'ailleurs se remarquer dans ce que l'on pourrait appeler la chronologie du contrôle parlementaire. Nous avons dit que le contrôle de l'état de nécessité était obligatoirement un contrôle *a posteriori* faute de quoi les impératifs de sauvegarde de l'Etat étaient méconnus. Mais il faut entendre cette affirmation en ce sens que les mesures de nécessité sont édictées et entrent en vigueur sans contrôle, non en ce sens que tout contrôle de l'état de nécessité serait impossible tant que l'organe de nécessité disposerait encore de pouvoirs concentrés. Le contrôle de l'état de nécessité peut au contraire — et doit dans la mesure du possible — commencer avant même l'expiration de la période de nécessité.

Le fait que le Parlement soit en état de fonctionner pour exercer son contrôle entraîne bien souvent cessation de l'exercice des pouvoirs de nécessité dans la mesure où la défection parlementaire était une condition du déclenchement de l'état de nécessité. Il n'en sera pas toujours ainsi cependant, ce qui laisse subsister la possibilité d'un contrôle du Parlement sur des mesures déjà en vigueur alors que l'organe de nécessité en édicte de nouvelles : l'urgence ne s'accommode pas toujours des lenteurs de la discussion parlementaire, les assemblées ne peuvent pas s'adapter à une situation qui évolue d'heure en heure avec une déconcertante mobilité. Il est parfaitement concevable que l'organe de nécessité s'emploie à suivre dans l'instant cette

(35) Et il devrait, bien entendu, y avoir ultérieurement ratification par le peuple.

situation et à y remédier tandis que l'organe parlementaire examine la façon dont il l'a suivie et y a remédié aux instants précédents.

L'organe parlementaire ne peut pas et ne doit pas cependant s'abstraire des circonstances du moment pour apprécier celles du passé ; son contrôle pèsera donc sur les mesures présentes et à venir et cela risque de compromettre la sauvegarde de l'Etat en retirant d'un côté à l'organe de nécessité l'autorité qu'il a reçue d'un autre. Ce risque peut cependant être accepté parce que le contrôle parlementaire concomitant à une utilisation des pouvoirs de nécessité s'exerce dans la perspective d'un arbitrage populaire ultérieur qui rendra le Parlement prudent, et parce que cette situation sera relativement brève : elle cessera dès que le danger ne sera plus immédiat.

Il est beaucoup plus choquant de se trouver devant la situation d'un organe de nécessité usant de pouvoirs exceptionnels pendant que, d'un autre côté, le Parlement se consacre à des tâches qui n'ont rien à voir avec le salut de l'Etat. La position du Président de la République française affirmant dans un message adressé au Parlement le 25 avril 1961 que :

> « ... la mise en œuvre de l'article 16 ne saurait modifier les activités du Parlement, exercice du pouvoir législatif et contrôle. De ce fait, les rapports du Gouvernement et du Parlement doivent fonctionner dans des conditions normales, pour autant qu'il ne s'agisse pas des mesures prises ou à prendre en vertu de l'article 16... »

est absolument insoutenable du point de vue démocratique (et peut-être même du point de vue du seul bon sens). Cette sorte de report du contrôle (36) est inacceptable en démocratie. Elle est au surplus contraire à la constitution elle-même qui consacre tout de même quelques-unes des garanties du contrôle parlementaire, malgré les graves lacunes que nous aurons l'occasion de relever sur ce point.

B. — *Les garanties du contrôle parlementaire.*

Il ne suffit pas de désigner les assemblées parlementaires comme le premier des titulaires d'un pouvoir de contrôle sur l'exercice de l'état de nécessité. Il faut encore édicter les règles qui permettent aux assemblées d'être toujours en état de remplir leur mission de contrôle (37).

---

(36) C'est la meilleure des hypothèses, l'autre étant l'absence de tout contrôle.

(37) Il arrive très fréquemment que ces garanties se distinguent assez mal, dans les textes, des autres garanties incluses dans la réglementation de la procédure de contrôle qui, elles, sont spécifiques à un domaine particulier du contrôle (en l'espèce le contrôle sur les mesures de nécessité) et qui ne portent pas sur l'ensemble de l'exercice de l'état de nécessité. Il existe cependant des garanties qui ont trait directement à l'organe parlementaire chargé du contrôle : ce sont celles qui ont pour objet de permettre la disponibilité de cet organe pour le contrôle, et ce sont elles qui nous occupent ici.

L'organe de nécessité a l'obligation de poursuivre par priorité la restauration du fonctionnement normal des assemblées parlementaires. C'est donc à lui qu'incombe la responsabilité principale en matière de garantie du contrôle de l'état de nécessité par le Parlement. Mais il faut prévoir le risque d'un organe de nécessité de mauvaise foi. Il serait dangereux de laisser à la merci de la bonne volonté du titulaire des pouvoirs de nécessité la mise en place de l'organe parlementaire chargé du contrôle. Il faut rendre la réunion du Parlement indépendante de sa volonté dans toute la mesure du possible. Cette indépendance, difficile à établir sur le plan matériel puisque l'organe de nécessité dispose de la force publique, doit être réalisée au moins sur le plan juridique.

Le droit positif peut poser à cet égard deux règles fort utiles : la réunion de plein droit et l'interdiction de la dissolution, règles dont l'expérience a parfois cruellement montré la nécessité.

1. — Une disposition constitutionnelle prévoyant la réunion de plein droit du Parlement pourrait paraître ne pas mériter beaucoup d'attention si une expérience relativement récente n'avait mis en lumière (dans une circonstance d'ailleurs étrangère à l'état de nécessité) l'importance des répercussions que la convocation du Parlement pouvait avoir sur l'effectivité de son pouvoir de contrôle envers l'activité gouvernementale (38).

L'indépendance de la réunion parlementaire et sa rapidité par rapport au déclenchement de l'état de nécessité sont essentielles. Elles ont été plus ou moins bien assurées par le droit positif, mais il est significatif que les dispositions les plus énergiques se trouvent consacrées dans les textes constitutionnels les plus récents. On peut distinguer à cet égard trois types de règles constitutionnelles, qui tendent à se succéder chronologiquement.

Il n'existe pas de réunion de plein droit liée au déclenchement de l'état de nécessité dans les constitutions qui limitent le recours à l'état de nécessité aux intersessions (ou au moins aux périodes où le Parlement n'est pas réuni). Les textes se bornent à indiquer que le contrôle par l'organe parlementaire aura lieu lors de sa prochaine session (ou réunion) (39), dont la date est fixée par des dispositions constitutionnelles absolument étrangères à celles qui prévoient le recours à l'état

---

(38) Refus opposé par le Président de la République française le 18 mars 1960 à la demande de convocation du Parlement émise par la majorité absolue des députés à l'Assemblée Nationale.

Cf. Berlia : *La convocation d'une session extraordinaire du Parlement et la nature du régime*, RDP 1960, p. 303.

L. Hamon et J.M. Cotteret : *Vie et droit parlementaire*, *ibidem* p. 992.

(39) Constitution danoise du 5 juin 1849, reprise en 1920, constitution autrichienne du 21 décembre 1867, constitution japonaise du 11 février 1889, lois constitutionnelles russe du 27 avril 1906 et monténégrine du 6 décembre 1906, constitutions de Bade du 21 mars 1919, de Hesse du 12 décembre 1919, de Saxe du 1er novembre 1920, constitutions islandaise du 28 février 1920, (reprise en 1944), polonaise du 17 mars 1921 et lettone du 15 février 1922.

de nécessité. La garantie du contrôle parlementaire résulte uniquement de l'automaticité de la réunion parlementaire qui a lieu indépendamment de la volonté du titulaire des pouvoirs de nécessité. Le contrôle présente l'inconvénient d'être assez tardif, d'autant plus que les sessions parlementaires sont souvent fort éloignées et fort peu nombreuses (40).

Un progrès considérable va être accompli lorsque le déclenchement de l'état de nécessité va obliger le titulaire des pleins pouvoirs à convoquer le Parlement à plus ou moins brève échéance. Cette solution, partiellement adoptée par la constitution du canton de Thurgovie (41), aparaît dans les constitutions les plus démocratiques d'après la première guerre mondiale (42), en particulier la constitution de Weimar (43), la constitution autrichienne de 1920 (révision de 1929) et la constitution espagnole républicaine de 1931 ; elle est reprise après la deuxième guerre mondiale dans les constitutions de plusieurs Landër de l'Allemagne Fédérale (44). Certains de ces textes ne se contentent pas de fixer l'obligation de convocation, ils lui impartissent un délai, en général très bref (45). Il y a là une amélioration très nette par rapport à la solution précédente. C'est encore à l'organe de nécessité de convoquer le Parlement ; la réunion dépend donc de lui en un sens. Mais il n'a pas un pouvoir discrétionnaire en la matière ; la convocation de l'organe parlementaire est pour lui une compétence liée. Il ne subsiste plus alors qu'un seul risque : celui d'une violation de l'obligation constitutionnelle par l'organe de nécessité.

C'est afin de l'éviter que les constitutions les plus récentes prévoient la réunion de plein droit. La constitution espagnole de 1931 donnait déjà au Gouvernement un délai de huit jours mais précisait que, faute de convocation dans ce délai, les Cortès se réuniraient de plein droit le neuvième jour. Les constitutions italienne de 1947 et française de 1958 ont supprimé l'étape intermédiaire de la convocation par l'organe de nécessité. L'article 77 de la constitution italienne prévoit que les Chambres « sont convoquées tout exprès », texte qui, à la

---

(40) Un correctif existe d'ailleurs dans ces constitutions : c'est la possibilité de convoquer une session extraordinaire ; seulement ce n'est qu'un correctif assez mince tant qu'il n'est pas obligatoire.

(41) L'article 39 prévoit que le Grand Conseil doit être convoqué immédiatement lorsque le Conseil de Gouvernement fait appel aux troupes pour le maintien de l'ordre public. Dans les autres cas, le contrôle peut attendre la prochaine réunion du Grand Conseil.

(42) Un précédent très ancien à signaler cependant : l'article 47 de la constitution bulgare du 28 avril 1879. Le texte est d'ailleurs assez imprécis : il prévoit que les mesures de nécessité seront présentées à la première assemblée « convoquée dans la suite... »

(43) Solution implicite mais certaine : le Président du Reich doit immédiatement transmettre la mesure au Reichtag, ce qui implique pour lui l'obligation de le convoquer à cette fin s'il n'est pas réuni.

(44) Rhénanie-Palatinat (solution implicite) et Bavière (art. 48, al. 2).

(45) Huit jours dans les constitutions espagnole et autrichienne, obligation de convoquer de suite dans la constitution bavaroise.

lumière de l'article 62-2e alinéa (46) consacre l'indépendance de la convocation par rapport au Gouvernement titulaire des pouvoirs de nécessité. L'article 16 de la constitution française est encore plus clair (« Le Parlement se réunit de plein droit »), surtout si on le rapproche de l'article 30 (47). L'automatisme est ici complet, la garantie atteint son point maximum (48).

2. — Il serait inutile que le Parlement se réunisse de plein droit si un ajournement pouvait suivre aussitôt la réunion et en annuler l'effet (49). Il doit exister une seconde garantie au contrôle par un organe parlementaire : l'interdiction de tout renvoi de cet organe pendant la période de nécessité, en particulier par voie de dissolution, et son corollaire indispensable : la réunion des assemblées même au cas où elles auraient été préalablement dissoutes (50).

C'est une règle qui paraît aller de soi. La dissolution des assemblées parlementaires par le titulaire des pouvoirs de nécessité serait directement contraire aux exigences d'un contrôle confié en premier lieu à ces mêmes assemblées parlementaires. La dissolution, démocratiquement irréprochable en période de calme, devient en outre extrêmement suspecte en période de nécessité. Il faut faire ici la part des souvenirs historiques qui fondent une crainte très légitime. Les monarques absolus ont cherché à utiliser l'état de nécessité comme moyen de retrouver une partie de leurs pouvoirs limités par la montée des forces démocratiques (51). Le droit de dissolution a subi les mêmes tentatives de déformation à l'origine. Ce parallélisme des destinées conduisait déjà à se méfier d'une éventuelle conjonction de ces deux moyens. Les conditions dans lesquelles cette conjonction pouvait se produire et les conséquences qu'elle risquait d'entraîner (absence de contrôle de l'état de nécessité) ont renforcé cette méfiance (52). Elle a subsisté depuis lors malgré l'éloignement de l'absolutisme dans le temps, à juste titre cette fois. Le titulaire des pouvoirs de nécessité qui est

---

(46) « Chaque chambre peut être convoquée en session extraordinaire sur l'initiative de son Président ou du Président de la République ou encore d'un tiers de ses membres. »

(47) « Hors les cas où le Parlement se réunit de plein droit, les sessions extraordinaires sont ouvertes et closes par décret du Président de la République. »

(48) Ce qui condamne d'autant plus l'interprétation que le Président de la République a donnée des pouvoirs du Parlement ainsi réuni.

(49) Ce point a posé un problème en France lors de l'application de l'article 16 en 1961 : le Parlement pouvait-il se mettre en vacance pendant cette application ? En réalité, la question ne se serait même pas posée si la durée d'application de l'article 16 avait été celle qu'exige l'esprit de l'institution. Cf. M. Duverger : *Droit constitutionnel et institutions politiques*, p. 584.

(50) Cette garantie n'est nécessaire, bien entendu, que dans les constitutions qui consacrent le droit de dissolution. Le problème que nous étudions ici se limite donc aux hypothèses de recours à l'état de nécessité dans les régimes parlementaires, les plus nombreux à l'heure actuelle.

(51) Ci-dessus, p. 35.

(52) Les quatre ordonnances de Charles X ont montré les dangers d'une telle conjonction.

de bonne foi n'a aucune raison de recourir à la dissolution ; celle-ci révèle des mobiles qui n'ont rien à voir avec la sauvegarde de l'Etat démocratique. Il faut donc enlever à un aspirant dictateur le moyen de retarder le contrôle jusqu'à ce qu'il ait pu mettre tout le pays en condition d'asservissement (53).

Il faut éviter que cette disposition ne puisse être tournée, le titulaire des pouvoirs de nécessité procédant à la dissolution *avant* de déclencher l'état de nécessité, au besoin en invoquant le danger créé par le vide issu de la dissolution elle-même (54). La conjonction des deux moyens d'action de l'exécutif dont nous dénoncions ci-dessus le risque existerait alors, avec simplement inversion de l'ordre chronologique des facteurs. Il serait absurde de chercher à conjurer le péril en interdisant le déclenchement de l'état de nécessité pendant que les assemblées sont dissoutes : l'Etat démocratique n'est peut-être jamais autant vulnérable qu'en période de dissolution... La constitution peut fort bien édicter en revanche que les assemblées se réuniront même si elles sont dissoutes. C'est la solution retenue par l'article 77 de la constitution italienne. Elle doit être généralisée car elle est le corollaire indispensable de l'interdiction de la dissolution pendant l'exercice de l'état de nécessité ; elle est suffisante puisque l'organe de nécessité se trouve privé par là de la possibilité de se débarrasser préventivement du contrôle des assemblées parlementaires.

Il conserve tout de même au cas de dissolution préalable un argument précieux vis-à-vis de l'opinion : c'est d'invoquer le caractère périmé des assemblées qui veulent contrôler son action. Un contrôle exercé par des assemblées dissoutes, c'est-à-dire au fond par des assemblées dont la conformité de vues avec l'opinion publique est contestée, n'apparaît pas pleinement satisfaisant, du point de vue de l'idéal démocratique. Cet argument perdrait une grande part de sa force si le contrôle par un organe parlementaire était appelé à se prolonger par un contrôle populaire.

§ 2. — *Deuxième étape : le contrôle par le peuple.*

Il est impossible d'aborder le contrôle de l'état de nécessité par le peuple sans ressentir une certaine gêne : on se trouve en effet devant une carence totale du droit positif sur ce point. Le parallélisme entre l'organe parlementaire et le peuple auquel nous conduit l'examen des organes politiques de contrôle ne doit pas masquer le fait que, à la différence des assemblées, le corps électoral n'a encore jamais été

(53) C'est précisément en songeant à cet organe de nécessité de mauvaise foi que les rédacteurs de la constitution française (et ceux de la constitution espagnole républicaine de 1931) ont inséré cette garantie qui ne saurait gêner un démocrate sincère.

(54) Dans la mesure où, comme c'est fréquent, ce droit appartient constitutionnellement à l'organe désigné par les textes comme pouvant concentrer spontanément tous les pouvoirs en cas de crise.

reconnu comme organe de contrôle de l'état de nécessité. La question se pose alors de savoir pourquoi les textes constitutionnels qui prévoient et réglementent l'état de nécessité se sont arrêtés à l'étape parlementaire et n'ont pas été jusqu'à proclamer en principe et organiser, au moins dans ses grandes lignes, un contrôle populaire (55).

Il semble que deux groupes de raisons soient à la base de ce que nous considérons comme un retard du droit positif : d'une part une prise de conscience insuffisante de la valeur et de la nécessité d'un contrôle populaire, d'autre part une ignorance — plus ou moins volontaire — des moyens qui permettraient au peuple de jouer un rôle d'organe de contrôle. Un approfondissement s'impose donc sur ces deux points.

A. — *La nécessité de faire du peuple un organe de contrôle de l'état de nécessité.*

La nécessité du contrôle populaire ne fait pas encore partie des idées communément reçues ; n'existe-t-il pas au fond une tendance, pour le moins paradoxale en démocratie, à voir dans le contrôle populaire une formalité superflue, voire dangereuse ? Il nous faut donc insister très soigneusement sur le fait qu'il ne saurait y avoir de contrôle vraiment démocratique de l'état de nécessité tant que le peuple n'est pas promu au rang d'organe de contrôle. Cela est vrai non seulement dans les Etats qui pratiquent la démocratie semi-directe, mais également dans ceux qui demeurent attachés à un régime essentiellement représentatif.

1. — La participation du peuple au contrôle de l'état de nécessité s'imposerait d'abord avec évidence dans un Etat de démocratie semi-directe. L'attribution d'un droit de contrôle au peuple serait une véritable restauration de son pouvoir de prendre lui-même les options fondamentales, pouvoir dont le recours à l'état de nécessité l'avait momentanément privé. Ce serait même plus qu'une restauration, ce serait une restitution. Il serait normal que ce soit le peuple qui approuve ou désapprouve une action entreprise par l'organe de nécessité à ses lieu et place. Il suffit de transposer ici ce que nous avons dit de la nécessité, sur le plan théorique, de consacrer le Parlement comme organe de contrôle.

Mais plus profondément qu'à une idée de parallélisme des formes, c'est à un besoin de conformité avec la philosophie générale de la constitution que répondrait le choix du corps électoral comme organe

(55) L'opportunité et même l'intérêt de l'étude d'une question négligée à peu près totalement par le droit positif pourrait être mise en doute. Nous pensons néanmoins qu'une telle étude peut être utile pour faire progresser le droit positif, à condition qu'elle prenne appui sur les réalités auxquelles elle veut s'appliquer et qu'elle prétend transformer.

de contrôle. La constitution cherche toujours à assurer au peuple le pouvoir de se prononcer sur les décisions essentielles, celles qui modifient de façon importante telle ou telle structure ou qui engagent l'avenir de la nation. Seules les décisions d'importance secondaire échappent à l'intervention populaire (56). L'esprit de la démocratie semi-directe consiste finalement à reconnaître au peuple le droit de dernier mot, c'est-à-dire le véritable exercice de la souveraineté. Dès lors, quoi de plus naturel et de plus indispensable que faire juger de façon définitive par le peuple lui-même l'exercice de l'état de nécessité ? Le peuple ne pourrait sans doute pas assumer à lui seul la tâche de contrôle, car il ne pourrait prendre qu'une décision globale ou tout au plus quelques décisions appréciant cet exercice par secteurs. C'est pourquoi le contrôle préalable par les assemblées demeurerait une étape indispensable même en démocratie semi-directe (57). Mais une ratification générale du contrôle exercé par le Parlement devrait intervenir en conclusion comme une réaffirmation solennelle de la fidélité de l'Etat au principe démocratique.

Le fait qu'aucun Etat ayant adopté des procédés de démocratie semi-directe n'ait organisé un contrôle populaire de l'état de nécessité n'infirme pas son caractère indispensable. La carence des Etats qui ont limité l'application de la démocratie semi-directe au domaine constitutionnel est peu significative : ces Etats en sont encore à un stade très imparfait dans la voie de la réalisation de l'idéal démocratique et la part encore très large faite aux institutions représentatives suffit à expliquer l'absence de toute reconnaissance du peuple comme organe de contrôle (58). Seul l'exemple d'un Etat qui admet les techniques de démocratie semi-directe dans le domaine législatif peut être vraiment probant.

Or l'exemple de la Suisse tend à appuyer la nécessité d'un contrôle populaire de l'état de nécessité. Ce contrôle n'a sans doute jamais eu lieu, ni sur les arrêtés de l'Assemblées Fédérale accordant les pleins pouvoirs au Conseil Fédéral, ni sur l'utilisation que le Conseil Fédéral a fait de ces pouvoirs et sa ratification par l'Assemblée. Mais cela s'explique par le fait que le recours à l'état de nécessité, fréquent en Suisse, s'est toujours produit en dehors de tout texte puisque la constitution n'a pas encore consacré nettement l'état de nécessité. On peut être à peu près certain que le peuple participera au contrôle quand l'état de nécessité sera enfin reconnu par la constitution suisse.

Cette affirmation n'est pas purement gratuite ; elle s'appuie sur

---

(56) Encore faut-il souligner la relativité de cette notion, en ce sens que l'importance dépend moins de la nature des décisions que de l'intérêt qui leur est porté ou des controverses qu'elles suscitent.

(57) Dans la mesure où ce ne sont pas les assemblées qui ont exercé elles-mêmes la totalité des pouvoirs de nécessité.

(58) Encore que, nous le verrons, le contrôle populaire de l'état de nécessité s'impose même en régime purement représentatif. Seulement il s'y heurte à des obstacles psychologiques encore plus considérables.

une tendance très générale des constitutionnalistes et de l'opinion publique suisses, qui s'est notamment traduite à propos d'une technique de substitution très voisine, au moment de la réforme de l'urgence en 1949 (59). La déclaration de l'urgence par l'Assemblée Fédérale a pour effet de lui permettre de prendre des arrêtés qui outrepassent sa compétence normale, soit qu'ils touchent à des matières qui relèvent du référendum législatif, soit qu'ils dérogent à la constitution. Un référendum peut intervenir dans le premier cas pour limiter à un an la validité de l'arrêté et doit intervenir dans le second cas afin de valider l'arrêté qui, sans cela, voit sa durée limitée à un an (60). La longueur du délai ainsi imparti au contrôle populaire est sans doute regrettable, mais la reconnaissance du principe de ce contrôle n'en reste pas moins significative.

2. — La situation est beaucoup moins favorable dans les Etats qui s'en tiennent à un régime purement représentatif, où la souveraineté parlementaire tend à se substituer à la souveraineté populaire. Le contrôle de l'état de nécessité par un organe populaire y est pourtant au moins aussi indispensable qu'en démocratie semi-directe.

Remarquons tout d'abord que ces Etats admettent de plus en plus le référendum en matière constitutionnelle, même si c'est avec quelque réticence. L'intervention du peuple s'impose donc en vertu de l'idée de restitution que nous avons évoquée à plusieurs reprises (61) dans la mesure où la constitution s'est trouvée suspendue par suite de la concentration des pouvoirs et de l'utilisation qui en a été faite. Mais la nécessité d'un contrôle populaire est beaucoup plus générale.

Le contrôle de l'état de nécessité a ce premier avantage de marquer solennellement la restauration de la démocratie dans l'Etat. Il va sans doute plus loin que la restauration de la démocratie telle que la constitution l'avait appliquée jusqu'ici puisque l'essentiel de la réalisation de l'idéal démocratique consiste pour elle dans le fonctionnement harmonieux des organes représentatifs. Le peuple a un rôle plus grand que celui qui est normalement le sien si on se réfère à la philosophie politique reconnue par le régime représentatif. Mais il nous semble précisément nécessaire d'aller jusqu'à cette intervention exorbitante du peuple dans les décisions politiques pour compenser — on serait presque tenté d'écrire pour réparer — ce qu'avait de tout aussi exorbitant la concentration spontanée des pouvoirs par rapport à la logique démocratique. La restauration de la démocratie doit être d'autant plus solennelle que sa mise à l'écart — aussi indispensable qu'elle ait été pour le salut de l'Etat — a été plus radicale et plus complète.

---

(59) Intervenue sur initiative populaire portant cet en-tête significatif : « pour le retour à la démocratie directe. » Cf. ci-dessus, p. 173 et Burdeau : *Traité de Science Politique*, T. VII, n° 167.

(60) M. Battelli : *Les pleins pouvoirs en Suisse*, RDP 1950, p. 124 et Burdeau, précité.

(61) Bien qu'il n'y ait pas révision constitutionnelle.

Cette atteinte au principe représentatif se justifie, au surplus, par l'insuffisance du contrôle parlementaire. La représentativité des assemblées qui ont procédé au contrôle de l'état de nécessité était souvent très diminuée. Le fait qu'un organe constitutionnel jouisse de pouvoirs presque illimités pendant un temps parfois fort long est déjà générateur en lui-même de bouleversements éventuels dans les conceptions politiques et constitutionnelles du pays (62). Surtout, les circonstances qui ont motivé le déclenchement de l'état de nécessité ont bien souvent opéré de profondes transformations dans la société elle-même, soit qu'elles aient servi de catalyseur pour que se réalisent brusquement des mutations qui étaient auparavant en gestation lente, soit qu'elles aient provoqué d'elles-mêmes des changements auxquels rien ne semblait prédisposer (63). La simple évocation des conséquences de la première et plus encore de la seconde guerre mondiale suffit à suggérer tout l'éventail des bouleversements possibles...

Il serait dès lors inadmissible de confier une tâche aussi complexe et aussi lourde de portée politique que le contrôle de l'état de nécessité exclusivement à une assemblée élue avant (et parfois fort longtemps avant) le déroulement de tous ces événements. Sa représentativité n'est plus à la mesure d'un tel rôle, au moins quand il s'agit de le remplir seule. Cette remarque n'a en soi rien de désobligeant vis-à-vis de l'organe parlementaire ; la faculté d'adaptation de ses membres n'est pas mise en cause. Elle est la simple conséquence du fait que le peuple au nom duquel l'organe parlementaire exerce le contrôle n'est plus sociologiquement le même que celui qui l'avait investi. Cette disparité inévitable dans tout régime représentatif à partir du moment où les assemblées sont élues pour une certaine durée dépasse ici la limite de ce que la démocratie peut tolérer sans se renier.

Ajoutons enfin que l'on ne saurait se passer du contrôle suprême par le peuple lorsque le recours à l'état de nécessité a été rendu indispensable par l'attitude des assemblées parlementaires elles-mêmes qui ont favorisé par leur division et leur impuissance la naissance et le développement des événements qui ont finalement mené l'Etat à une situation de péril extrême. Il serait choquant dans ce cas de faire des assemblées parlementaires les juges uniques et tout-puissants de l'exercice de l'état de nécessité alors qu'elles ont contribué pour une large

---

(62) Il peut amener par exemple certaines formations politiques, certaines écoles de pensée... à reconsidérer les opinions qu'elles professaient sur les rapports entre les pouvoirs publics ou la puissance respective que les textes doivent leur reconnaître.

(63) Si le recours à l'état de nécessité provient d'un danger interne, des regroupements entre formations politiques pourront s'en trouver accélérés ou engendrés alors que se produisent par ailleurs des éclatements irrévocables. S'il s'agit d'une menace extérieure, il est très probable que l'économie du pays en sorte fortement perturbée et partant la structure sociale qu'elle sous-tend ; des courants de sympathie ou d'antipathie seront nés dans l'opinion envers telle ou telle nation étrangère, nécessitant une reconversion — un renversement — de la diplomatie... etc...

part à le provoquer. Il est d'ailleurs à présumer que de telles assemblées seraient incapables de s'entendre sur l'appréciation des remèdes apportés par autrui tout comme elles l'avaient été sur les remèdes qu'elles auraient dû décider elles-mêmes : il s'ensuivrait inévitablement une absence de tout contrôle sérieux et effectif (64). Seul le peuple pourrait alors juger l'exercice de l'état de nécessité, à condition que les textes constitutionnels lui en donnent les moyens.

B. — *Les moyens de faire du peuple un organe de contrôle de l'état de nécessité.*

Le peuple acquerrait la qualité d'organe de contrôle de l'état de nécessité si les textes qui réglementent l'état de nécessité prévoyaient un procédé permettant au corps électoral de faire connaître son appréciation sur la façon dont l'organe de nécessité a concentré et utilisé les pouvoirs constitutionnels, et si cette appréciation était assortie de conséquences juridiques (65).

Il existerait deux façons pour le peuple de manifester d'une manière globale (66) son accord ou sa désapprobation envers l'exercice de l'état de nécessité. La première, indirecte, résulterait de l'usage de la dissolution ; elle aurait le mérite de s'insérer plus facilement dans les régimes purement représentatifs et de permettre un contrôle populaire sans heurter par trop les traditions de ces régimes. La seconde, directe, consisterait à utiliser tout simplement les techniques de démocratie semi-directe ; elle serait très certainement supérieure à la précédente.

1. — Il semble que, à l'expiration d'une période de nécessité, la dissolution puisse permettre une expression authentique de la volonté populaire et jouer le rôle de substitut du référendum (67). Pour bien comprendre le mécanisme de cette forme de contrôle populaire, il faut commencer par la distinguer soigneusement de la dissolution contemporaine de l'utilisation des pouvoirs de nécessité qui demeure exclue en tout état de cause si l'on veut respecter les impératifs d'un

---

(64) L'incurie bien connue des chambres en matière de ratification des décrets-lois incline fortement à penser de la sorte.

(65) Quant aux mesures de nécessité et quant au titulaire des pouvoirs de nécessité. Cf. chapitre II.

(66) Il ne peut s'agir d'un contrôle détaillé ; celui-ci ne peut être que l'œuvre des assemblées parlementaires, ce qui donne tout son prix au choix de l'organe parlementaire dans une première étape du contrôle de l'état de nécessité.

(67) Comme elle peut le faire en régime parlementaire lorsque la conjoncture politique y est favorable.

Cf. *La dissolution des assemblées politiques et la démocratie parlementaire*, P. Couzinet, RDP 1933, p. 495.

Dissolution et référendum, G. Ferrière, RDP 1946, p. 411.

Considérations théoriques sur la question de la combinaison du référendum avec le parlementarisme, Carré de Malberg, RDP 1931, p. 225.

contrôle démocratique. Il s'agirait ici d'une dissolution postérieure, sinon à l'exercice de l'état de nécessité, puisqu'elle en constitue la dernière étape, du moins postérieure à la période de nécessité proprement dite. Elle interviendrait après que les assemblées parlementaires aient exercé leur contrôle. Les parlementaires reviendraient devant les électeurs qui approuveraient ou infirmeraient par la réélection ou la non-réélection la façon dont ce contrôle a été exercé. Et ce serait finalement l'œuvre entreprise par le titulaire des pouvoirs de nécessité et les moyens dont il a usé pour la réaliser que le corps électoral jugerait à travers cette apprécation de l'attitude parlementaire ; il ne resterait plus aux nouveaux élus qu'à tirer les conséquences de ce jugement, en maintenant les effets du contrôle exercé dans la première étape par l'organe parlementaire ancien, ou en les remaniant dans le sens qu'ils avaient préconisé devant le corps électoral et que celui-ci a adopté en les envoyant siéger au Parlement (68).

Ce système présenterait l'avantage de sanctionner de façon très énergique à la fois le déclenchement et l'utilisation de l'état de nécessité par le titulaire des pouvoirs concentrés et le contrôle effectué sur ces deux phases de l'exercice de l'état de nécessité par l'organe parlementaire, ce qui aurait pour effet bénéfique de rendre prudents et consciencieux à la fois le titulaire des pouvoirs de nécessité et l'organe chargé de le contrôler immédiatement. La menace du désaveu populaire porterait sur les deux catégories de représentants, d'autant plus forte pour les parlementaires que ce désaveu entraînerait la perte de leur mandat, — point auquel ils sont toujours particulièrement sensibles.

Cette forme de contrôle populaire serait cependant encore imparfaite, et ne saurait être recommandée d'une manière générale et absolue. La dissolution est une institution liée au régime parlementaire et dont l'usage se trouve par conséquent limité aux démocraties représentatives qui ont adopté ce système de rapports entre les pouvoirs publics. Il paraît certes théoriquement possible de l'introduire en régime présidentiel ou en régime d'assemblée, à titre exceptionnel, pour les cas où il y aurait eu recours à l'état de nécessité. Mais cette introduction se heurterait à des données psychologiques : des Etats qui ne pratiquent pas le régime parlementaire, qui ne l'ont peut-être jamais pratiqué ou qui l'ont délibérément abandonné, répugneront toujours à inscrire dans les textes constitutionnels une institution typique et essentielle du régime parlementaire. L'application d'une telle disposition serait d'ailleurs fort délicate et risquerait d'entraîner d'impor-

(68) Ce n'est pas tant la dissolution qui permet l'expression de la volonté du peuple organe de contrôle que l'élection qui suit ; mais cette élection elle-même n'est que la conséquence de la dissolution. On retrouve là l'aspect sanctionnateur de la dissolution vis-à-vis de l'équipe au pouvoir, aspect qui existerait même pour les élections intervenant en fin normale de législature, mais sans doute avec moins d'à-propos.

tants remous dans une opinion déjà perturbée et qui aspire à un retour rapide à une situation constitutionnelle normale.

Il serait également très difficile d'organiser cette dissolution-contrôle, très difficile en particulier de trouver des conditions satisfaisantes en ce qui concerne la façon de la provoquer. Deux possibilités sont ouvertes à ce sujet, et l'une et l'autre présentent des inconvénients.

La plus simple paraît être d'instaurer une dissolution automatique ; mais la difficulté est de trouver le fait-condition qui la provoque. Choisir la fin du contrôle par l'organe parlementaire reviendrait à remettre entre les mains de cet organe le sort de la dissolution, qui perdrait donc son caractère automatique et risquerait d'être indéfiniment retardée. Adopter un délai préétabli au terme duquel les assemblées seraient dissoutes ne résoudrait rien car il faudrait en déterminer le point de départ ; ce serait en outre une solution critiquable comme toutes les solutions automatiques : une certaine souplesse est indispensable dans le domaine constitutionnel, surtout quand on sort d'une période de troubles.

Il faudrait donc remettre la dissolution entre les mains d'un organe constitutionnel qui choisirait d'y procéder au moment le plus opportun pour assurer l'authenticité de l'expression de la volonté populaire. Mais quel organe choisir ? Le Parlement y répugnerait toujours, et la dissolution interviendrait trop tard par rapport aux exigences démocratiques ; il serait difficile, au surplus, d'en faire à la fois le contrôleur et le contrôlé. Cette dernière remarque est également applicable à un organe exécutif car ce serait presque toujours l'organe de nécessité ou un organe ayant avec lui des rapports étroits de solidarité (69). On courrait en outre le risque de connaître cette fois-ci une dissolution trop rapide, l'organe de nécessité y voyant une occasion de se débarrasser d'un contrôle parlementaire gênant parce qu'apportant trop d'éclaircissements à l'opinion sur ses agissements.

La meilleure solution serait sans doute une dissolution sur initiative populaire. Mais c'est déjà presque un moyen de contrôle direct : autant alors adopter franchement l'un ou l'autre de ces moyens, d'autant plus que la dissolution présenterait encore l'inconvénient de faire renouveler une assemblée destinée à présider aux destinées à venir du pays, à une époque souvent cruciale de son existence, en axant la consultation électorale sur un problème qui appartient au passé. C'est peut-être le reproche majeur encouru par ce mode indirect de contrôle. Les parlementaires auraient bien davantage le souci de justifier aux yeux des électeurs leur attitude passée envers l'organe de nécessité que de leur faire connaître leur programme pour les années à venir. Il devrait en être ainsi si l'on veut que la dissolution fasse du peuple un organe de contrôle ; mais cela empêcherait le peuple de se prononcer sur les options fondamentales à prendre, et ceci est grave

(69) Tout au plus pourrait-on penser au chef de l'Etat d'un régime parlementaire lorsque les pouvoirs de nécessité ont appartenu au Gouvernement.

en démocratie (70). Il serait bien préférable d'avoir recours à des moyens beaucoup plus directs pour faire du peuple un organe de contrôle de l'état de nécessité.

2. — Il suffirait d'utiliser les techniques habituelles de démocratie semi-directe : référendum et veto populaire (71). Une fois que les assemblées parlementaires auraient achevé d'exercer leur contrôle sur l'action du titulaire des pouvoirs de nécessité, le peuple serait amené à sanctionner globalement cette action, soit qu'une question lui soit posée directement à ce sujet, soit qu'on lui reconnaisse la possibilité de faire tomber les mesures de nécessité ou les décisions de l'assemblée chargée du contrôle. Il vaudrait mieux, en pratique, avoir recours à la première de ces techniques qui a le mérite d'avoir un caractère positif et d'assurer ainsi une participation plus active du peuple à l'exercice du contrôle.

Il faudrait certes résoudre un certain nombre de problèmes techniques nécessaires à une mise en œuvre correcte du pouvoir de contrôle dévolu au peuple. La carence du droit positif et l'absence de tout espoir de voir la situation s'améliorer prochainement s'oppose à ce que l'on s'attache pour l'instant à des détails que seule l'expérience permettrait de préciser dans de bonnes conditions. Bornons-nous à évoquer brièvement les principales questions auxquelles il faudrait apporter une réponse.

Ce serait tout d'abord le point de savoir comment serait déclenché le référendum de ratification (72) : par l'organe parlementaire ou par l'organe de nécessité ? En fait, cela importerait peu, à condition que l'on prenne soin de rendre ce référendum obligatoire et de fixer à cet effet un certain délai pour y procéder. L'organe habilité à le déclencher ayant une compétence liée, la question perdrait une grande part de son intérêt. Or l'automatisme paraît ici souhaitable : c'est une garantie pour la démocratie, et qui ne présente pas le même inconvénient qu'en matière de dissolution des assemblées parlementaires puisqu'il n'y a pas suppression momentanée d'un organe constitutionnel.

Il faudrait aussi déterminer comment la question serait posée. On sait combien ce point est important par l'influence qu'il est susceptible d'avoir sur les réactions populaires. Notons à cet égard que le référendum pourrait porter indifféremment sur les décisions de l'organe parlementaire ou sur celles de l'organe de nécessité. Le second sys-

---

(70) Qu'on se souvienne des difficultés dans lesquelles s'est débattue cinq années durant l'Assemblée Nationale élue en 1871 sur le problème de la guerre ou la paix et qui a dû ensuite prendre parti sur le régime constitutionnel de la France.

(71) L'initiative ne semble pas particulièrement appropriée : on voit assez mal, à vrai dire, comment elle pourrait être amenée à fonctionner.

(72) Nous laissons volontairement de côté le veto qui nous paraît d'un usage assez problématique.

tème semble toutefois préférable ; il marquerait encore mieux la dépendance du titulaire des pouvoirs de nécessité à l'égard du peuple souverain et le fait qu'il ait agi en son nom et dans la perspective d'avoir à lui rendre compte de sa mission. Il serait alors normal que ce soit le titulaire des pouvoirs de nécessité lui-même qui organise les opérations de référendum puisque son œuvre et sa personne seraient en jeu. Les dangers d'abus que recèle inévitablement cette solution pourraient être en grande partie neutralisés par des précautions entourant la rédaction du texte soumis à ratification populaire : on pourrait exiger, par exemple, que ce texte obtienne l'approbation de l'organe parlementaire afin de se prémunir contre tout caractère équivoque.

Deux inconvénients subsisteraient cependant. D'une part, un contrôle populaire direct sanctionnerait moins énergiquement qu'une dissolution les abus des assemblées parlementaires. Encore ne faut-il rien exagérer : la décision populaire pourrait fort bien prendre le sens d'un désaveu des parlementaires, qui seraient amenés à la craindre tout autant qu'une non-réélection (à laquelle elle sera souvent le prélude) parce qu'elle affaiblirait considérablement leur position sur la scène politique. Ils chercheraient par conséquent à s'acquitter de leur rôle du mieux possible. Rien n'empêcherait au surplus de procéder à une dissolution après le référendum : elle prendrait alors le double sens d'une sanction des parlementaires et surtout d'un renouvellement sur les programmes orientés vers l'avenir.

Le peuple, d'autre part, ne pourrait jamais exercer qu'un contrôle global et partant moins raisonné, plus sentimental ou instinctif, plus grossier aussi que celui de l'organe parlementaire. Mais là encore il ne faut pas aller trop loin : le contrôle parlementaire qui a lieu dans une première étape a justement pour but de descendre dans le détail et d'éclairer l'opinion. L'effort d'analyse a été fait par les assemblées parlementaires ; c'est au peuple qu'il revient de juger d'un point de vue synthétique. Il en serait parfaitement capable, dès lors que le travail préalable de déblaiement aurait été effectué correctement à la tribune parlementaire. Cela n'est possible que si l'étendue du contrôle de l'état de nécessité est soigneusement déterminée.

Chapitre II

L'ETENDUE DU CONTROLE

Le problème de l'étendue du contrôle de l'état de nécessité est d'une importance capitale pour l'Etat démocratique. On pourrait pourtant juger superflu de s'y attarder : les exigences démocratiques qui dominent à peu près exclusivement cette phase de l'exercice de l'état de nécessité impliquent, semble-t-il, une solution extrêmement simple à ce problème. Elle tient en une seule phrase : l'étendue du contrôle doit être aussi large que possible, elle doit correspondre à l'intégralité de l'exercice de l'état de nécessité. Dès lors, quel besoin y a-t-il d'ajouter quoi que ce soit à une affirmation aussi claire, qui semble se suffire à elle-même ? N'est-ce pas assez d'énoncer un principe qui servira ensuite à éclairer chacun des problèmes précis qui se poseront relativement à l'étendue et à la portée du contrôle ?

Les choses ne se présentent pas, à vrai dire, d'une manière aussi simple. Une étude de l'étendue du contrôle de l'état de nécessité s'avère fort utile. Le principe incontestable que nous venons d'énoncer ne résout pas tout ; des difficultés se rencontrent au stade de l'application. Il est impossible de déterminer dans l'abstrait pur les règles qui permettent un contrôle étendu de l'exercice de l'état de nécessité ; il faut, pour être efficace, tenir compte de tout un ensemble de facteurs, dont essentiellement les données permanentes résultant des institutions constitutionnelles et des habitudes du pays considéré, et les données circonstancielles qui dépendent de la façon dont l'état de nécessité a été exercé. C'est dire que l'examen des solutions concrètes du droit positif s'impose sur ce point. Or elles ne sont que très partiellement satisfaisantes par rapport à ce qu'exigerait une application correcte de l'idéal démocratique.

Nous avons vu que l'état de nécessité était à la fois contraire à la logique démocratique et dangereux pour l'avenir de la démocratie. La portée du contrôle de l'état de nécessité doit remédier (*a posteriori* évidemment) à ces deux objections majeures que les démocrates adressent à l'état de nécessité. Ce contrôle doit ainsi permettre un retour le plus rapide et le plus clair possible à l'ordre juridique normal et cohérent d'un Etat démocratique, et inclure la possibilité de

sanctionner de façon particulièrement énergique les abus qui auraient pu éventuellement se produire. Cette double exigence implique que le contrôle de l'état de nécessité porte d'une part sur les mesures de nécessité et d'autre part sur le titulaire des pouvoirs de nécessité. Le droit positif s'est presque toujours préoccupé d'assurer la première partie de ce contrôle (1), mais il est très déficient sur la seconde ; c'est là la source de bien des maux et peut-être, en définitive, l'une des raisons majeures qui retardent la réception de l'état de nécessité par les constitutions des Etats démocratiques.

Section I

LE CONTROLE SUR LES MESURES DE NECESSITE

Le contrôle sur les mesures de nécessité revêt, dans l'ensemble, un caractère plutôt analytique. Son extension maxima est donc assurée, tant en surface en ce sens que toutes les mesures de nécessité doivent être soumises à ce contrôle, qu'en profondeur en ce sens que chacune des mesures (ou chacun des groupes de mesures) fait ou peut faire l'objet d'un examen particulier (2).

Le problème du contrôle des mesures de nécessité tient en un seul mot que l'on peut considérer comme le mot-clef en ce domaine, car il est utilisé par la quasi-totalité des textes qui prévoient le recours à l'état de nécessité et employé de façon constante par la doctrine : c'est le terme de « ratification ». Le contrôle des mesures de nécessité a en effet pour objectif de parvenir à une ratification (ou éventuellement à un refus de ratification) des mesures de nécessité. On peut d'ailleurs noter une sorte de répartition des tâches entre le droit positif et la doctrine, au demeurant toute relative : le premier s'oc-

---

(1) Les solutions divergent dans le détail, et certaines déficiences seront à signaler ; mais il ne reste plus, somme toute, qu'à perfectionner ou à généraliser un système existant.

(2) Le contrôle des mesures de nécessité devrait être l'œuvre, nous l'avons vu, à la fois ou plutôt successivement des organes parlementaires et du peuple. Le caractère analytique n'existe pas pour le contrôle exercé par le peuple. Mais un tel contrôle n'est nulle part organisé à l'heure actuelle. Aussi notre étude sur le contrôle des mesures de nécessité se limitera-t-elle au contrôle parlementaire.

L'approbation des mesures de nécessité par référendum ne soulèverait pas, au surplus, de problèmes spécifiques par rapport à leur approbation par les assemblées parlementaires, au moins en ce qui concerne les mesures soumises à approbation. Il suffira donc de garder présente à l'esprit la nécessité d'un contrôle ultime par le peuple et de transposer, *mutadis mutandis*, les règles que nous allons dégager pour le contrôle parlementaire des mesures de nécessité.

cupe plutôt des conditions dans lesquelles cette ratification se produira, la seconde s'attache plutôt à étudier les effets qu'elle entraîne (3).

§ I. — *Les conditions du contrôle sur les mesures de nécessité.*

Le problème de la ratification par le Parlement de mesures dont les plus essentielles auraient été normalement de sa compétence mais qui ont été prises par un autre organe constitutionnel à la suite de circonstances politiques particulières n'est pas spécifique à l'état de nécessité. On le retrouve également posé avec beaucoup d'acuité à propos d'une technique de substitution très largement utilisée : le système des décrets-lois sur habilitation législative préalable (4). Mais il revêt une importance encore plus grande dans le domaine de l'état de nécessité ; l'habilitation législative qui existe en matière de décrets-lois fait ici défaut et le Parlement jugera finalement de l'opportunité — et de la régularité — de la concentration spontanée des pouvoirs à travers la ratification des mesures de nécessité (5).

Le droit positif doit donc montrer un souci de précision et d'effectivité assez poussé sur ce point. Il doit tenter d'assurer la ratification de manière correcte en prévoyant une double série de garanties. Il faut d'une part que les mesures de nécessité soient soumises à la ratification et d'autre part que le Parlement ait la possibilité d'opérer cette ratification en toute liberté.

A. — *Les garanties de soumission à la volonté parlementaire.*

Il ne suffit pas de prendre toutes précautions pour que le Parlement se réunisse au plus vite et d'affirmer que toutes les mesures de nécessité doivent être contrôlées par le Parlement ainsi réuni ; il faut encore prendre toutes dispositions pour assurer l'articulation des deux règles ainsi posées. Il faut que le Parlement, dès sa réunion,

---

(3) Etant entendu que la doctrine se réserve de porter un jugement de valeur sur les conditions édictées par les textes, et que le droit positif applique effectivement les conséquences de la ratification dégagées par la doctrine.

(4) C'est même à son propos que le problème a été le plus longuement étudié et le plus approfondi. Nous pourrons donc nous inspirer éventuellement des solutions qui ont été retenues pour la ratification des décrets-lois et les transposer pour celles des mesures de nécessité.

(5) Cette importance particulière n'a pas échappé à la doctrine. Il est significatif que ce soit Duguit qui l'ait peut-être mis en lumière avec le plus de force (*Traité de droit constitutionnel*, t. III, p. 748). Cet auteur dont on connaît les conceptions objectivistes voyait dans la *volonté* du Gouvernement de soumettre les décrets de nécessité à la ratification du Parlement le plus tôt possible une condition de la validité de ces mesures, au même titre que l'existence objective d'une menace contre l'Etat ou l'impossibilité matérielle de réunir les assemblées en temps utile. Duguit n'allait pas jusqu'à exiger que cette volonté transparaisse dans l'acte lui-même, mais il la voulait clairement manifestée par l'auteur de l'acte.

connaisse les mesures de nécessité qui ont déjà été édictées et que celles qui ne l'ont pas encore été lui soient communiquées au fur et à mesure qu'elles sont décidées par le titulaire des pouvoirs de nécessité. Le moyen pratique d'assurer cette connaissance consiste à imposer au titulaire des pouvoirs de nécessité l'obligation de communiquer ces mesures au Parlement et de les déposer sur le bureau des assemblées aux fins de ratification.

1. — La communication au Parlement peut à première vue sembler une formalité sans importance. Il s'agit de porter à la connaissance des membres du Parlement les mesures édictées par l'organe de nécessité : or d'autres moyens d'information sont à la disposition des parlementaires, moyens dont certains ont d'ailleurs un caractère officiel (6) et dont d'autres, pour être plus officieux, n'en sont pas moins efficaces (7), à tel point que les parlementaires seront bien souvent au courant des mesures de nécessité avant même que le président de l'assemblée ne leur en donne communication à la suite du dépôt par l'organe de nécessité. Que ce dépôt soit utile, nul ne le conteste ; mais n'est-ce pas lui accorder une importance hors de proportion avec les effets qu'il produit que d'en faire une formalité indispensable ?

Il n'en est rien. De nombreuses constitutions prévoient plus ou moins explicitement la communication ou le dépôt des mesures de nécessité devant le Parlement (8). Il est difficile de penser qu'un si grand nombre de textes contienne des dispositions superfétatoires. La communication aux chambres et surtout le dépôt sur leur bureau sont loin d'être négligeables.

Vis-à-vis du titulaire des pouvoirs de nécessité, c'est justement la manifestation concrète de l'intention de se soumettre au contrôle parlementaire, à laquelle Duguit attachait tant de prix. C'est un moyen précieux pour l'organe de nécessité de rendre publique sa volonté de respecter le principe démocratique, une sorte de reconnaissance solennelle de la valeur d'un principe auquel il n'a dérogé que sous la pression des nécessités et dans un but entièrement louable. La démarche présente psychologiquement un certain intérêt.

Vis-à-vis du Parlement, la soumission aux fins de ratification est autre chose qu'une simple communication : elle a un effet juridique,

---

(6) Les mesures de nécessité sont en général publiées ; c'est là souvent une condition d'efficacité, surtout s'il s'agit de mesures générales.

(7) Réactions de l'opinion publique, presse, discours...

(8) Constitutions de Pologne du 17 mars 1921, de Russie du 27 avril 1906, de Lettonie du 15 février 1922, de Monténégro du 6 décembre 1906, du Japon du 11 février 1889.

Constitution de Weimar (art. 48), constitution autrichienne après la réforme de 1929, constitutions espagnole du 17 juillet 1942, bavaroise du 1er décembre 1946, de Rhénanie-Palatinat du 13 mars 1947, enfin constitution italienne de 1948 (art. 77).

On peut également en rapprocher les solutions des constitutions de Bulgarie du 28 avril 1879, d'Autriche du 21 décembre 1867, de Hesse du 12 décembre 1919, de Saxe du 1er novembre 1920, de Prusse du 30 novembre 1920, de Bade du 21 mars 1919, d'Islande du 28 février 1920 et du 17 juin 1944, de Danemark du 5 juin 1849 et du 5 juin 1915, des cantons de Berne et de Thurgovie (art. 39).

celui de saisir le Parlement de la question. C'est un effet analogue à celui du dépôt d'un projet ou d'une proposition de loi en temps normal. On saisira toute la différence qu'il y a entre la simple connaissance acquise au gré des circonstances et le dépôt officiel du texte en comparant la rédaction des articles 77 de la constitution italienne et 16 de la constitution française : la seconde ne prévoit qu'une information indirecte par le biais d'un message à la Nation (9), alors que la première précise que « Le Gouvernement doit présenter (les décrets) pour conversion aux Chambres... ». La pratique a amplement confirmé la différence entre les deux systèmes : le Parlement italien a été saisi de tous les décrets-lois pris dans le cadre de cet article (10) alors que le Président de la République française a dénié au Parlement tout droit de contrôle et même de discussion sur les mesures prises en vertu de l'article 16 (11).

Il est donc indispensable de préciser dans les textes la portée de l'obligation de dépôt imposée au titulaire des pouvoirs de nécessité ; c'est seulement à cette condition que l'on pourra parler d'une véritable garantie de soumission des mesures de nécessité à la volonté parlementaire. Il faut particulièrement insister sur deux points : cette obligation de dépôt doit être générale, elle doit être sanctionnée.

2. — La généralité de l'obligation de dépôt, ou plus largement l'obligation pour le titulaire des pouvoirs de nécessité de soumettre les mesures de nécessité au contrôle parlementaire, a une portée plus large que celle à laquelle on est normalement porté à songer ; elle s'étend extrêmement loin, à divers points de vue.

L'obligation de dépôt doit en premier lieu exister dans tous les régimes politiques, même s'il s'agit d'une formalité non prévue par les textes qui régissent le fonctionnement habituel des institutions. Ce point mérite d'être relevé car, faute d'indication expresse, on pourrait se trouver dépourvu de moyens constitutionnels pour assurer ce dépôt. Ce serait le cas par exemple des mesures de nécessité prises par un chef d'Etat parlementaire : il n'a en principe que des contacts restreints avec le Parlement (12). Il en irait de même dans un régime présidentiel : le chef de l'exécutif ne dispose pas normalement du droit d'initiative, étant donnée la conception en principe très stricte de la

(9) Les parlementaires font partie de la Nation. Encore faut-il remarquer que le message informe beaucoup plus du déclenchement de l'état de nécessité que de l'utilisation des pouvoirs de nécessité eux-mêmes.

(10) Il en avait ratifié 110 sur 113 au 1er février 1962.

(11) Ci-dessus, p. 357. Cette dernière attitude qui n'était pas nécessairement impliquée par la constitution et qui est aux antipodes des exigences démocratiques a été favorisée par le silence de l'article 16 sur ce point.

(12) Discours du Trône en Grande-Bretagne, messages du Président de la République française lus en séance sans débat (art. 18 de la constitution de 1958, qu'il est question d'amender pour donner au Président de la République le droit de lire lui-même ses messages — *Le Monde* du 22 mai 1953). Encore le premier est-il soumis au contreseing.

séparation des pouvoirs (13). On pourrait sans doute trouver des palliatifs dans ces deux hypothèses : dépôt des mesures de nécessité par le Gouvernement dans le premier cas, par un membre du Parlement dans le second. Mais cette solution présente l'inconvénient, en faisant intervenir un tiers, de placer comme un écran entre le titulaire des pouvoirs de nécessité et l'organe de contrôle et d'éclipser ainsi quelque peu les rapports directs de responsabilité qui doivent exister entre eux.

L'obligation de dépôt doit en second lieu comprendre l'ensemble des mesures de nécessité et pas seulement celles de ces mesures qui résulteraient de l'exercice de la fonction législative. Nous avons déjà eu l'occasion de dire que les mesures de nécessité forment un tout, qu'elles sont les éléments indissociables d'un programme d'action, de ce que l'on pourrait appeler une politique de la nécessité. Il est indispensable que le Parlement ait présentes à l'esprit toutes les composantes de cet ensemble quand il examine chaque mesure dans le détail : l'environnement est un élément capital pour l'appréciation de leur régularité juridique et de leur opportunité politique. Les parlementaires doivent donc le connaître le plus parfaitement possible. Il leur faut le connaître même dans son état passé, ou plus précisément dans ses états passés successifs. L'organe de nécessité doit communiquer au Parlement même des mesures de nécessité qui ne sont plus en vigueur parce qu'il les a abrogées avant que le Parlement ne soit réuni (14). Le fait que le titulaire des pouvoirs de nécessité ne désire plus qu'une disposition édictée durant la crise demeure encore en vigueur ne le dispense pas de la soumettre au contrôle parlementaire pour le passé.

Il ne peut pas non plus la retirer purement et simplement après l'avoir déposée devant les assemblées (15) : la demande de ratification n'est pas pour lui un droit auquel il pourrait renoncer, c'est un devoir. L'organe de nécessité doit de même faire connaître au Parlement les rédactions successives d'un texte qu'il a modifié en cours d'application, même si l'on ne peut aller jusqu'à exiger du Parlement qu'il se prononce séparément sur chacune d'elles : c'est en effet un élément capital d'appréciation.

L'obligation de dépôt aux fins de ratification doit d'ailleurs être assortie d'une obligation plus large — mais inévitablement plus vague — de communiquer aux assemblées parlementaires tous les documents annexes, rapports, enquêtes... qui seraient de nature à éclairer les circonstances dans lesquelles les mesures de nécessité sont intervenues. Un organe de nécessité qui a agi de bonne foi aura le plus souvent intérêt à fournir les explications complémentaires de ses motifs d'agir qui sont autant de justifications de sa politique. Plus on s'éloigne

---

(13) Le Président de la République aux Etats-Unis ne communique directement avec le Congrès que par le message annuel sur l'état de l'Union, qu'on peut rapprocher, toutes proportions gardées, du discours du Trône.

(14) Soit parce qu'elles avaient atteint leur objectif et perdaient alors toute utilité, soit parce qu'elles s'avéraient mal adaptées aux circonstances.

(15) Contra la pratique du Gouvernement italien usant de l'article 77.

de la période de nécessité et plus cette obligation est facile à remplir : d'une part l'organe de nécessité peut rassembler des renseignements épars à l'origine, d'autre part les raisons qu'il avait pu légitimement avoir de tenir secrets un certain nombre de points au plus fort de la crise s'effacent progressivement.

Cette communication de renseignements devrait normalement être spontanée de la part du titulaire des pouvoirs de nécessité : c'est ainsi que le Conseil Fédéral suisse s'est vu imposer l'obligation de faire deux rapports annuels à l'Assemblée Fédérale sur la façon dont il userait des pouvoirs illimités que l'Assemblée lui accordait par l'arrêté du 30 août 1939 (16). Mais on doit toujours craindre que le titulaire des pouvoirs de nécessité n'agisse pas *proprio motu* comme il le devrait, ou qu'il agisse d'une manière insuffisante ; il faut donc permettre au Parlement de lui demander tous les éclaircissements dont il estime avoir besoin, étant entendu que l'organe de nécessité est tenu de satisfaire à cette demande. C'est déjà l'amorce d'une sanction de l'obligation de dépôt.

3. — La garantie de soumission des mesures de nécessité à la volonté parlementaire ne serait pas solide si l'obligation de dépôt n'était pas sanctionnée. Il est assez difficile de trouver des sanctions efficaces ; le droit positif est plutôt défaillant sur ce point, précisément parce qu'il n'a pas parfaitement compris que le but de la ratification était au moins autant de contrôler les mesures passées que d'approuver leur maintien en vigueur pour l'avenir.

La meilleure sanction, en l'espèce, paraît être d'instaurer une saisine automatique du Parlement relativement aux mesures de nécessité. Cette saisine doit à notre avis revêtir le caractère d'une sanction, c'est-à-dire qu'il faut maintenir l'obligation de dépôt (17) et ne reconnaître au Parlement le droit d'examiner d'office les mesures de nécessité qu'au cas où le titulaire des pouvoirs de nécessité fait preuve d'une mauvaise volonté évidente. Il ne semble pas impossible de préciser les critères permettant de déceler cette mauvaise volonté : il suffit d'avoir recours à des techniques valables dans d'autres domaines, en particulier la mise en demeure et le silence conservé pendant un certain délai que connaît le droit administratif. Il faudrait seulement les transposer sur le plan constitutionnel (18).

---

(16) Munci Kapani : *Les pouvoirs extraordinaires de l'exécutif en temps de guerre et de crise nationale*, Thèse précitée.

(17) Ne serait-ce que pour permettre à l'organe de nécessité d'affirmer sa volonté de se soumettre à contrôle.

(18) La mise en demeure pourrait ainsi consister dans l'utilisation de techniques parlementaires aussi éprouvées que l'interpellation ou les questions de l'assemblée au gouvernement, suivies d'un vote sommant le titulaire des pouvoirs de nécessité de faire connaître à l'assemblée les mesures qu'il a prises. L'écoulement d'un certain délai dans lequel l'organe parlementaire jugerait — il faut bien tout de même faire un peu confiance à sa sagacité — que le titulaire des pouvoirs de nécessité aurait raisonnablement pu s'acquitter de ses obligations de dépôt pourrait aussi permettre la saisine de plein droit du Parlement.

Aucun de ces moyens n'est, à l'heure actuelle, expressément prévu par le droit positif. Sans doute est-il toujours loisible au Parlement, dans les régimes parlementaires au moins, d'utiliser les techniques habituelles de contrôle de l'activité gouvernementale. Mais cela ne peut s'appliquer que si c'est le Gouvernement qui est titulaire des pouvoirs de nécessité ; ce n'est en outre qu'une possibilité, donc un moyen facultatif, alors que ce devrait être beaucoup plus général et absolu. Il serait bon que les constitutions prévoient le caractère automatique de la saisine qui mettrait davantage le Parlement en face de ses responsabilités.

Certaines constitutions (19) contiennent des dispositions qui instaurent une sanction automatique au cas où le titulaire des pouvoirs de nécessité ne déposerait pas les mesures qu'il a édictées sur le bureau du Parlement aux fins de ratification dans un délai fixé par la constitution. Ainsi c'est bien l'écoulement du délai qui entraîne la sanction de plein droit. Mais c'est là un système très différent de celui que nous souhaitons : cette sanction est seulement la caducité automatique de la mesure de nécessité, caducité dont, au surplus, le caractère rétroactif n'est pas toujours clairement affirmé. C'est très certainement insuffisant eu égard aux exigences démocratiques : l'expiration du délai coïncidera bien souvent avec la fin de la période de nécessité, ou tout au moins avec une diminution de l'acuité du danger encouru par l'Etat démocratique ; le titulaire des pouvoirs de nécessité jugera donc que certaines mesures de nécessité — les plus sujettes à caution bien entendu — ont épuisé tous leurs effets utiles et qu'elles peuvent cesser d'être en vigueur sans inconvénient ; il s'abstiendra de les soumettre à l'approbation parlementaire. La sanction sera inopérante, les mesures les plus graves échapperont à tout contrôle.

Il ne suffit pas que l'ensemble des mesures de nécessité soit soumis à la volonté parlementaire pour que les conditions d'un contrôle démocratique soient remplies à leur égard ; il faut encore que le Parlement puisse les apprécier en toute liberté.

B. — *Les garanties d'expression de la volonté parlementaire.*

Le Parlement devient le responsable essentiel du contrôle de l'état de nécessité à partir du moment où il est saisi des mesures de nécessité. Le sérieux et la valeur de ce contrôle reposent donc avant tout sur les qualités propres des parlementaires. Le Parlement s'exprimera d'autant plus librement qu'il sera composé d'hommes qui auront le courage de leurs opinions et qui sauront se décider en fonction de leurs convictions personnelles plutôt qu'en fonction de l'opportunité politique de telle ou telle prise de position.

---

(19) Constitution russe du 27 avril 1906 qui prévoyait un délai de deux mois ; constitution polonaise du 17 mars 1921 qui imposait un délai de douze jours dans son article 44.

Cette indépendance d'esprit, condition principale de la qualité du contrôle parlementaire, n'en est cependant pas la seule. Les garanties institutionnelles de l'expression de la volonté parlementaire ne sont pas à négliger. Elles peuvent suppléer pour partie à la médiocrité des assemblées ou contribuer à soutenir une assemblée disposée à remplir correctement sa tâche.

Le risque le plus grand d'atteinte à la liberté d'expression du Parlement ne réside peut-être pas tant, comme on pourrait le croire, dans l'usage par le titulaire des pouvoirs de nécessité de moyens de pression à l'encontre du Parlement ; sans doute ces moyens ne doivent-ils pas être employés à l'occasion de la ratification, nous le verrons. Mais il convient de s'attaquer auparavant à un danger plus grave parce que plus subtil, qui consisterait en ce que le Parlement se trouve pratiquement mis devant un fait accompli contre lequel il ne puisse que très difficilement réagir. A cet égard, il faut préciser les procédés de ratification susceptibles d'être employés, ceci pour exclure si possible le système de la ratification implicite (20).

1. — Le problème du choix du procédé de ratification ne se poserait pas si les mesures de nécessité se réduisaient toujours à quelques décisions fondamentales ; ou tout au moins, la solution qu'il recevrait serait sans incidence notable sur la valeur de l'expression de la volonté parlementaire. Il serait facile pour le Parlement d'examiner toutes ces mesures successivement et de se prononcer en leur faveur ou contre elles. Le Parlement userait très probablement de cette facilité parce que d'une part aucun phénomène de lassitude ne risquerait de se produire et d'autre part une omission ne passerait pas inaperçue et pourrait indisposer l'opinion publique contre lui (21). Mais l'utilisation des pouvoirs de nécessité conduit souvent à un faisceau complexe de décisions. Il faut alors choisir entre le système de la ratification explicite et le système de la ratification implicite, afin de régler le sort des mesures à propos desquelles le Parlement ne se serait pas prononcé.

Il y a ratification explicite lorsque les mesures de nécessité tombent au bout d'un certain délai si le Parlement ne les a pas explicitement approuvées, le délai étant calculé en fonction de ce que l'on peut considérer comme un délai normal d'examen et de discussion

---

(20) Il suffit de mentionner en plus une garantie si évidente qu'elle s'impose d'elle-même : la nécessité d'une restauration des immunités parlementaires que le titulaire des pouvoirs de nécessité avait pu se considérer dans l'obligation de suspendre lorsque la menace dirigée contre l'Etat et les institutions démocratiques émanait de certains parlementaires ou était soutenue par eux. Il est d'autant plus loisible d'opérer cette restauration que, s'agissant de faits commis hors de l'exercice des fonctions, ils tombent sous le coup de la loi pénale après levée de l'inviolabilité.

(21) Risque auquel il serait encore plus sensible si le contrôle parlementaire était suivi d'un contrôle populaire.

par une assemblée parlementaire (22). La ratification est au contraire implicite quand une intervention expresse du Parlement est nécessaire pour que les mesures de nécessité disparaissent, autrement dit quand les mesures de nécessité restent en vigueur tant que les assemblées ne les ont pas rejetées (23). Les deux systèmes sont théoriquement concevables et pratiquement applicables. Mais le choix n'est pas totalement indifférent au regard de l'idéal démocratique ; c'est le système de la ratification explicite qui assure la meilleure garantie de l'expression de la volonté parlementaire. Il apparaît donc préférable pour trois raisons.

Ce système est tout d'abord en harmonie avec l'origine et l'esprit de l'état de nécessité et plus précisément avec la fonction que la ratification parlementaire est appelée à remplir dans cette institution. L'état de nécessité, né avec l'apparition d'assemblées dotées du pouvoir législatif, consiste en une sorte de substitution provisoire du titulaire des pouvoirs de nécessité aux assemblées parlementaires. La ratification rétablit ces assemblées dans leurs pouvoirs. La manifestation de volonté des assemblées appelées à ratifier doit donc revêtir des conditions de forme approchant celles de l'exercice du pouvoir législatif ordinaire ; or celui-ci est toujours un vote exprès (24).

Le système de la ratification explicite met ensuite le Parlement en face de ses responsabilités en l'obligeant à prendre parti, au moins s'il tient à ce que certaines mesures restent en vigueur ; or ce peut être le cas quand une carence de sa part risquerait d'entraîner un nouveau recours à l'état de nécessité. Ce système de ratification est même une garantie pour le titulaire des pouvoirs de nécessité, contrairement à ce que l'on pourrait croire ; il évite au moins en partie cette situation si fréquente en matière de décrets-lois : des mesures

---

(22) C'est le système adopté dans les constitutions italienne de 1948 (art. 77), tchécoslovaque du 9 mai 1948 (art. 66, al. 8, qui est en réalité une technique de substitution), espagnole républicaine de 1931 (art. 42), autrichienne de 1920-1929 (l'art. 18, qui consacre une technique de substitution, va même plus loin en imposant au Conseil National de choisir expressément entre l'abrogation ou le remplacement par une loi fédérale identique), du canton de Thurgovie (art.39-9°), japonaise du 11 février 1889 (art. 8), danoise du 5 juin 1951 (art. 24), islandaise du 17 juin 1944 (art. 28), badoise du 21 mars 1919 (art. 56-§ 2).

En revanche, la constitution de Rhénanie-Palatinat du 13 mai 1947 (art. 11) retient le système de la ratification implicite qui était aussi celui de la constitution de Weimar.

(23) On pourrait croire que ce que nous disons ici est en contradiction avec ce que nous avons dit de la durée d'application des mesures de nécessité. En réalité, la contradiction n'existe pas car les deux développements sont relatifs à des périodes différentes de l'exercice de l'état de nécessité : le premier concernait essentiellement le sort des mesures de nécessité dans la période allant de la disparition des circonstances qui avaient motivé le déclenchement de l'état de nécessité à la mise en œuvre du contrôle parlementaire ; le second s'applique postérieurement à cette mise en œuvre. Les interférences qui peuvent éventuellement se produire seront traitées dans le § 2 de cette section.

(24) Il n'est guère que l'article 49 de la constitution française de 1958 pour prévoir l'adoption d'une loi par absence d'une volonté parlementaire contraire lorsque le Gouvernement a posé la question de confiance.

impopulaires que le Parlement sait indispensables mais dont il ne veut pas assumer la responsabilité devant l'opinion et dont il se décharge sur le Gouvernement habilité à légiférer par décret (25).

Le système de ratification explicite présente enfin ce dernier avantage de permettre de régler plus facilement — nous devrions plutôt écrire moins difficilement — les problèmes posés par les effets de la ratification. En conduisant l'organe parlementaire à exercer un contrôle actif sur les mesures de nécessité il l'incite à envisager — et à résoudre — les questions délicates qui sont la conséquence de l'édiction des mesures de nécessité (26).

Les avantages de la ratification explicite par rapport à la ratification implicite reposent au fond sur l'idée fondamentale que le Parlement doit être mis le moins possible devant le fait accompli. Et dans la mesure où il s'y trouve, il faut lui permettre de réagir aussi vigoureusement qu'il le désire ; ceci conduit à exclure tout moyen de pression de l'exécutif sur le législatif à l'occasion de la ratification.

2. — L'exécutif dispose en effet aujourd'hui d'un certain nombre de prérogatives dans la procédure législative, qui sont autant de moyens de pression sur les assemblées parlementaires et qui lui permettent de jouer son rôle d'impulsion à tous les stades de cette procédure. Tout cet ensemble de prérogatives doit être momentanément dénié à l'encontre des assemblées parlementaires lorsqu'elles procèdent au contrôle des mesures de nécessité.

Il faut exclure en premier lieu les moyens d'intimidation les plus graves, ceux qui empêchent les assemblées de fonctionner même temporairement : l'ajournement et la dissolution. Le Parlement ne doit pas se sentir à la merci d'une décision de mise en vacance de la part d'un autre organe constitutionnel. Sa perspective serait de nature à empêcher l'expression libre de parlementaires, même très indépendants d'esprit, qui auraient le souci très louable de rechercher le moindre mal, en l'espèce la poursuite d'un contrôle très lâche plutôt que l'interruption du contrôle. L'existence de ce danger semble avoir échappé totalement aux rédacteurs des textes constitutionnels ; le système des assemblées non permanentes, conservé dans bon nombre d'Etats, avec comme corollaire le droit pour un organe exécutif de prononcer la

---

(25) La caducité automatique des mesures de nécessité non-approuvées peut sans doute être une source de danger pour la sauvegarde de l'Etat. Mais il existe un remède : le titulaire des pouvoirs de nécessité doit être autorisé à remettre en vigueur une mesure de nécessité non ratifiée par le Parlement si le salut de l'Etat l'impose, à condition que toutes les autres conditions d'un déclenchement de l'état de nécessité se trouvent à nouveau réunies.

Cette affirmation dangereuse pour la démocratie est pourtant inéluctable. Il faut donc l'accepter mais la contrebalancer par un procédé de ratification qui permette de bien mettre les responsabilités en lumière devant le peuple souverain qui devrait être juge en dernier ressort.

(26) Ci-dessous, p. 387.

clôture des sessions ordinaires ou extraordinaires, rend pourtant ce danger tout à fait plausible (27).

Il faut *a fortiori* interdire toute possibilité de dissolution autre que la dissolution automatique ou une dissolution décidée par l'assemblée parlementaire elle-même. Une dissolution intervenant à la fin du contrôle parlementaire sur les mesures de nécessité permet certes de faire participer le peuple à ce contrôle. Mais il s'agit d'une dissolution *postérieure* au contrôle et non d'une dissolution contemporaine. Le droit positif interdit certes en général la dissolution *pendant l'utilisation des pouvoirs* de nécessité (28). Mais qui de la période intermédiaire, celle qui peut s'intercaler entre la cessation de la concentration des pouvoirs et l'achèvement du contrôle parlementaire ? On note là encore une carence presque totale du droit positif (29). Il faut y remédier car la menace de dissolution est pour l'organe de nécessité une arme trop puissante envers des parlementaires qui n'ont pas toujours suffisamment de désintéressement et de caractère — c'est regrettable, mais c'est humain — pour ne pas la redouter.

Le Gouvernement dispose en second lieu de certains droits dont l'usage, si anodin qu'il puisse paraître au premier abord, n'en constituerait pas moins une gêne à un libre exercice du contrôle parlementaire sur les mesures de nécessité. Ces moyens mineurs de pression sont relativement nombreux et variés ; un organe de nécessité un tant soit peu habile pourrait découvrir des dispositions constitutionnelles à utiliser en ce sens. Citons à titre d'exemples, une institution générale du régime parlementaire, la question de confiance, et une institution particulière à la Cinquième République, la priorité des projets gouvernementaux à l'ordre du jour.

Un Gouvernement parlementaire ne doit pas pouvoir poser la question de confiance sur la ratification d'une ou plusieurs mesures de nécessité. D'une part, la mise en cause de l'existence du Gouvernement titulaire des pouvoirs de nécessité relève du contrôle sur la personne et non du contrôle sur les mesures ; il est contre-indiqué de confondre les deux questions (30). D'autre part la question de confiance ne se

---

(27) La constitution française ne met pas le Parlement à l'abri de ce risque, malgré les apparences : l'article 30 prévoit sans doute que le Président de la République ne peut prendre le décret de clôture des sessions que dans les cas où le Parlement ne se réunit pas de plein droit (et il se réunit de plein droit quand l'article 16 entre en vigueur) ; mais cette réserve au pouvoir de clore les sessions disparaît lorsque l'article 16 cesse de s'appliquer ; or le contrôle parlementaire de l'usage de l'article 16 (dans la mesure où une interprétation correcte de la constitution le rendrait possible...) sera souvent amené à se prolonger au-delà de la période d'application de cet article.

(28) Ci-dessus, p. 360.

(29) Seule la constitution espagnole républicaine du 9 décembre 1931 prenait soin dans son article 42 de supprimer toute possibilité de dissolution jusqu'à ce que les Cortès se soient prononcées sur les mesures de suspension des garanties constitutionnelles prises par le Gouvernement.

(30) C'est exactement la même condamnation que l'on peut prononcer à l'encontre de certains procédés qui visent à faire d'un référendum portant sur un

justifie que parce que le Gouvernement désire faire adopter par le Parlement une loi qui est une pièce maîtresse de la réalisation de son programme ; or les mesures de nécessité n'ont plus en vue la réalisation d'un programme à venir au moment où elles sont soumises à ratification ; elles ont déjà rempli l'essentiel de leur rôle et le Gouvernement n'a pas, en principe, à attacher à leur adoption une importance telle qu'elle conditionne son existence même (31). La question de confiance pèse au surplus trop lourdement sur le Parlement, surtout au sortir d'une période troublée. Les parlementaires hésiteraient à renverser un Gouvernement sur une mesure déterminée qu'ils trouveraient excessive si l'ensemble des mesures de nécessité recueillait leur approbation ; l'une des principales qualités du contrôle parlementaire, son caractère analytique, s'en trouverait fort atteinte.

Quant à la fixation prioritaire de l'ordre du jour, elle n'est en soi qu'un bien petit avantage donné au Gouvernement. Il se justifie d'ailleurs assez bien, pour peu qu'il ne revête pas un caractère absolu. Mais on peut craindre justement que le titulaire des pouvoirs de nécessité ne veuille lui donner ce caractère absolu si les textes ne prennent pas soin de l'interdire : en déposant sans cesse des projets de loi à des fins dilatoires, il pourrait différer le contrôle sur les mesures de nécessité ou opérer une sélection — tout à son avantage — parmi les mesures soumises à ratification. Une telle attitude serait d'autant moins admissible que le contrôle des mesures de nécessité doit avoir une priorité sinon absolue, du moins générale dans les préoccupations de l'organe parlementaire. La démocratie exige que l'ordre juridique normal soit restauré le plus vite possible, ce qui constitue précisément l'effet du contrôle sur les mesures de nécessité.

§ 2. — *Les effets du contrôle sur les mesures de nécessité.*

Le contrôle sur les mesures de nécessité a normalement pour effet de rétablir la cohérence de l'ordre juridique, totalement ou partiellement bouleversée par le recours à l'état de nécessité, en « situant » les mesures de nécessité par rapport au bloc normal de la légalité. Mais cet effet n'est pas toujours pleinement atteint. Tout dépend du point de savoir si l'organe parlementaire a fait connaître expressément sa volonté. Dans l'affirmative, on se trouve dans la meilleure hypothèse : les effets du contrôle sur les mesures de nécessité sont déterminés par la ratification parlementaire elle-même. Dans la négative, au

---

texte une manifestation de confiance envers un homme qui menace de se retirer du pouvoir si ce texte n'obtient pas la majorité ou même obtient une majorité que cet homme ne juge pas assez substantielle.

(31) Si par exception il en était ainsi (telle mesure de nécessité ayant eu des effets bénéfiques et le Gouvernement désirant l'intégrer dans sa politique), il reviendrait au Gouvernement de le dire clairement et de présenter le contrôle de cette mesure sous son vrai jour. Dans la tâche hybride du Parlement, l'aspect contrôle de la mesure de nécessité passerait alors au second plan.

contraire, on ne peut que préconiser des solutions de remplacement, solutions subsidiaires inévitablement défectueuses.

A. — *Effets déterminés par la ratification parlementaire elle-même.*

La volonté parlementaire doit être souveraine (32) pour déterminer les effets des mesures de nécessité soumises à ratification. Cette souveraineté est une condition de la restauration de l'équilibre entre les organes constitutionnels ; elle seule permet d'assurer une égalité de puissance entre la volonté de l'organe de nécessité qui disposait d'un pouvoir presque absolu et celle de l'organe parlementaire de contrôle (33). Elle se manifeste à deux points de vue : d'une part la source de la valeur juridique des mesures de nécessité réside dans la décision parlementaire de ratification, d'autre part le Parlement peut régler comme il l'entend le sort de mesures de nécessité.

1. — La question de la source de la valeur juridique des mesures de nécessité n'est pas parfaitement résolue en doctrine. Certains auteurs n'admettent pas que cette source soit la ratification parlementaire ; et parmi les autres, des divergences se produisent sur la portée exacte qu'il convient d'attribuer à la ratification parlementaire.

Ce sont essentiellement Duguit et Carré de Malberg qui ont pris les positions les plus nettes en même temps que les plus opposées. La pierre d'achoppement se trouve être, dans l'hypothèse de mesures de nécessité ratifiées (34), le point de départ de la régularité juridique des mesures de nécessité, ou plus exactement (et plus subtilement) la date du fait générateur de la régularité juridique de ces mesures. L'opposition entre ces deux auteurs s'explique sans doute par leurs divergences relatives à la réception de l'état de nécessité en démocratie ; mais cette explication ne vaut que pour partie : la preuve en est qu'on peut adopter une position intermédiaire qui rallie, semble-t-il, la majorité des suffrages doctrinaux.

Duguit (35) n'attache à la ratification aucun effet propre sur la validité des mesures de nécessité, tout en affirmant que l'absence de ratification entraîne la caducité de ces mesures (36). Ces deux affir-

---

(32) Sous réserve, bien entendu, d'un contrôle populaire ultérieur auquel les principes énoncés ici sont intégralement transposables.

(33) L'édiction de garanties destinées à assurer la libre expression de la volonté parlementaire ne se comprend d'ailleurs pleinement que si elle intervient dans la perspective de l'expression d'une volonté souveraine : elle en est à la fois la conséquence et la cause.

(34) Nous raisonnerons sur cette seule hypothèse, celle du refus de ratification n'étant en définitive que l'envers de la première et les solutions qui lui sont applicables s'en déduisant alors d'elles-mêmes.

(35) *Traité de droit constitutionnel*, T. III, p. 749.

(36) Ce problème est à distinguer de celui de l'intention de soumettre les mesures de nécessité à ratification, intention qui est une condition de validité de ces mesures.

mations qui semblent se contredire peuvent coexister en logique dans la théorie de Duguit grâce à sa conception de l'état de nécessité source inconditionnelle de droit. Les décrets de nécessité acquièrent une force légale lorsqu'ils sont ratifiés ; cette force légale existe *ab initio* parce qu'elle ne découle pas de la ratification (qui ne saurait être qu'une fiction) mais parce qu'elle résulte des circonstances. Autrement dit, le fait générateur de la régularité des mesures de nécessité, c'est la situation critique dans laquelle se trouve l'Etat démocratique ; c'est donc un fait matériel. Mais ce fait générateur ne peut produire d'effets tant qu'un acte formel n'est pas venu en reconnaître explicitement l'existence.

Carré de Malberg (37), à l'inverse, part de l'idée que les mesures de nécessité restent en droit dénuées de légitimité juridique parce que la nécessité n'est pas source de droit, et que, par conséquent, la ratification ne peut même pas les valider ; elles sont nulles en soi, radicalement. Il justifie sa position par les textes constitutionnels : ceux-ci prévoient des règlements pour l'exécution des lois existantes mais non pour celle de lois à venir ; ils excluent donc toute possibilité d'avoir des règlements rétroactifs. L'auteur va jusqu'à dire que le mot de « ratification » est impropre, qu'il ne peut exister de « ratification » au sens strict du terme. Les mesures de nécessité ne sauraient être régulières, fût-ce rétroactivement, dans la période qui précède leur ratification. C'est celle-ci seulement qui leur confère une validité, et cette validité ne joue que pour l'avenir. Autant dire que le fait générateur de la régularité des mesures de nécessité est la ratification parlementaire, et même que ces mesures ratifiées ne sont plus des mesures de nécessité puisqu'elles commencent à exister juridiquement au jour d'un acte formel intervenant selon les règles de fonctionnement normal des institutions démocratiques (38).

A notre avis, la ratification parlementaire a pour effet d'intégrer définitivement les mesures de nécessité dans l'ordre juridique de l'Etat démocratique ; les mesures de nécessité conservent un caractère conditionnel tant que leur ratification n'est pas intervenue. C'est donc bien le contrôle parlementaire qui constitue le fait générateur de la régularité définitive des mesures de nécessité. En ce sens nous nous séparons de Duguit et nous nous orientons vers la conception de Carré de Malberg. Mais — et c'est en cela que nous n'acceptons pas intégra-

(37) *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, T. 1, pp. 686-688, note (33).

(38) Carré de Malberg apporte, il est vrai, un tempérament à ces positions extrêmes ; il y était conduit par le droit positif et par sa conception du Parlement, organe disposant d'un pouvoir général et inconditionné. Il admet qu'un effet rétroactif des mesures de nécessité peut exister quand le législateur fait siennes les mesures de nécessité et à condition qu'il les affecte d'un effet rétroactif. Mais cette constatation ne remet aucunement en cause la position fondamentale de l'auteur parce qu'il prend bien soin de dire que si les textes ainsi adoptés par le Parlement avec effet rétroactif sont identiques aux mesures de nécessité quant à leur contenu et à leur date d'application, la ratification en a changé la nature ; ce sont au fond des mesures nouvelles.

lement les conclusions de cet auteur — la ratification réintègre les mesures de nécessité dans le système normatif de l'Etat rétroactivement à dater du jour où l'autorité investie des pouvoirs de nécessité les a édictées, et à la place où elles doivent se trouver par nature. L'effet rétroactif de la ratification n'est pas limité aux seuls cas où le Parlement a explicitement prévu cet effet, et ne résulte pas d'une quelconque novation de la nature des mesures de nécessité.

Cette solution nous semble la meilleure parce qu'elle tient compte de la réalité, tout en assurant le maximum de rigueur à la restauration de la cohérence interne de l'ordre juridique démocratique. L'organe de nécessité ayant agi dans un but de salut public a agi aux lieu et place d'un autre organe constitutionnel (39) : il est donc logique à la fois que ce soit l'intervention de cet autre organe qui confère la valeur définitive aux mesures de nécessité et que cette valeur soit celle qui aurait été (et à la date où elle l'aurait été) normalement la sienne s'il n'y avait pas eu recours à l'état de nécessité. Pour descendre sur un plan plus concret, la ratification par le Parlement d'un acte réglementaire lui confère sa régularité mais en tant qu'acte réglementaire édicté au jour où il l'a effectivement été. N'est-ce pas une solution analogue à celle prévue sur un tout autre plan par l'article 37 in fine de la constitution française de 1958 ? C'est au fond l'application du principe de l'unité du pouvoir d'Etat qui transparaît en démocratie dans l'idée que le peuple souverain ayant délégué l'exercice d'une partie de la souveraineté à plusieurs organes, peu importe qu'il y ait substitution de l'un à l'autre : dans tous les cas, c'est finalement au nom du peuple souverain que les mesures de nécessité ont été prises. Son approbation finale en fait — ou devrait en faire — foi.

Ceci ne s'entend, bien entendu, que de l'hypothèse où la substitution a été acceptée par le substitué, c'est-à-dire de l'hypothèse d'une ratification. Si le Parlement refuse la ratification, la mesure de nécessité doit être considérée comme inexistante, et ce *ab initio*, non pas seulement pour l'avenir. Cette solution n'a guère triomphé dans le droit positif : à l'exception peut-être de la constitution italienne (40), c'est en général au système de la caducité *pour l'avenir* que se réfèrent explicitement (41) ou implicitement (42) les textes constitutionnels. Les constituants ont peut-être été sensibles aux difficultés pratiques que

---

(39) Ou aux lieu et place d'une forme voulue par un autre organe constitutionnel.

(40) L'article 77, al. 3, prévoit que « les décrets perdent toute efficacité dès leur date d'origine s'ils ne sont pas convertis en loi... », disposition qui vise à la fois l'hypothèse d'une absence de ratification et celle d'un refus de ratification, en paraissant toutefois avoir été incluse surtout en préoccupation de la première.

(41) Constitution japonaise du 11 février 1889, art. 8 : « Si la Diète impériale n'approuve pas (les ordonnances impériales), le Gouvernement doit les déclarer caduques pour l'avenir. »

(42) Loi russe du 27 avril 1906, constitutions de Hesse du 12 décembre 1919, de Bade du 21 mars 1919, de Prusse du 30 novembre 1920, de Saxe du 1er novembre 1920, d'Autriche du 21 décembre 1867, qui parlent de « cesser de s'appliquer » ou de « cesser d'avoir force de loi » ou de « devoir être rapportées », toutes expressions qui excluent les effets passés.

ferait naître un refus de ratification entraînant un retour au statu quo ante. Ces difficultés ne sont pas négligeables certes ; mais c'est dans une tout autre direction qu'il faut s'engager pour les résoudre, en poussant l'organe parlementaire à user de la prérogative qui lui permet de régler à son gré les effets des mesures de nécessité et de leur ratification.

2. — La décision parlementaire peut aménager comme elle l'entend (en restant, bien entendu, à l'intérieur du cadre constitutionnel) les effets de la ratification et donc en définitive ceux des mesures de nécessité elles-mêmes. Cette possibilité concerne non seulement les effets à venir mais aussi les effets passés de ces mesures : c'est la conséquence logique des positions de principe que nous venons de défendre.

Il est difficile de développer longuement ce point car l'usage d'une compétence discrétionnaire échappe dans une large mesure à toute systématisation. La liberté nécessaire à l'expression de la volonté parlementaire a ici pour conséquence une très grande souplesse dans le choix des aménagements des effets de la ratification. L'éventail offert au Parlement est très large. On ne peut que noter quelques suggestions et, au besoin, formuler quelques remarques à leur propos.

Le Parlement a, d'une façon générale, le choix entre trois solutions : ratification pure et simple, ratification avec réserve, refus de ratification. La première de ces options ne comporte pas à proprement parler d'exercice visible par le Parlement de sa faculté de libre fixation des effets des mesures de nécessité. Le Parlement se contente de s'approprier les effets passés de la mesure de nécessité, tels que l'organe de nécessité les a voulus, et d'en accepter éventuellement les effets à venir en précisant dans ce cas combien de temps il entend maintenir la mesure en vigueur s'il ne lui assigne pas une durée illimitée.

La fixation d'une limite de la durée d'application des mesures de nécessité pour l'avenir se rapproche déjà de la ratification avec réserves ; celle-ci existera véritablement lorsque la limitation de durée porte sur le passé, le Parlement estimant par exemple que telle mesure est restée en vigueur plus qu'il n'était nécessaire et réduisant en conséquence les effets de cette mesure à la période où elle lui semblait devoir s'imposer en vertu des circonstances. L'organe de contrôle peut prendre une telle décision ; elle découle de l'idée que l'état de nécessité revêt un caractère provisoire et que la portée de ce caractère provisoire est laissée à l'appréciation des organes de contrôle.

Le Parlement peut également, sans toucher à la durée d'application proprement dite d'une mesure, changer celle de ses effets lorsque ceux-ci sont amenés à lui survivre ; cela se produira surtout quand le Parlement estimera devoir effacer toutes les séquelles d'une mesure de nécessité, tout en estimant que cette mesure se justifiait parfaitement au moment où elle est intervenue et qu'il n'y a donc pas lieu d'en refuser la ratification. Le même raisonnement peut conduire le Parlement à ratifier une mesure de nécessité en y apportant quelques

amendements, ce qui peut se répercuter sur d'autres mesures prises en application de la mesure ainsi modifiée ; il n'existe pratiquement aucune limite à ce pouvoir réformateur valable ou pour l'avenir seulement, ou également pour le passé (43). A la limite, lorsque les mesures de nécessité sont par trop défigurées, on en arrive presque à l'équivalent d'un refus de ratification.

C'est à propos du refus de ratification que le Parlement a le plus d'occasion d'user de son pouvoir de régler à sa guise les effets de sa décision de contrôle. La *restitutio in integrum*, conséquence directe du refus de ratification, n'est en effet que très rarement possible. On peut certes toujours affirmer sur le plan de la théorie et du droit que les mesures de nécessité rejetées par le Parlement sont réputées n'avoir jamais eu d'existence légale. Il n'empêche que, en fait, ces mesures ont eu un certain temps l'apparence du droit positif, qu'elles ont été appliquées et qu'elles ont produit des effets qu'il est matériellement impossible d'effacer. C'est exactement le même problème que celui qui se pose lorsque le juge annule un acte administratif ; cette annulation ne peut faire disparaître entièrement les conséquences de l'acte sur le plan de la pratique et du fait. La situation sera sans doute encore plus défavorable en cas de mesures de nécessité qui sont en général très énergiques et qui seront très certainement appliquées de suite parce que prises sous la pression de l'urgence. Des problèmes naîtront donc, la cohérence de l'ordre juridique en souffrira. C'est alors qu'il serait bon que le Parlement essaie d'atténuer cet inconvénient dans toute la mesure du possible, notamment en réglant minutieusement la liquidation des mesures individuelles d'application, avec le nécessaire correctif de l'indemnisation pour réparer les injustices nées de l'illégalité ou pour compenser le préjudice subi par un individu du fait de la suppression de ce qu'il pouvait croire être pour lui un droit acquis.

L'article 77 de la constitution italienne a innové avec bonheur à cet égard en ajoutant à son alinéa 3 qui prévoit la perte d'efficacité rétroactive des décrets non ratifiés une disposition qui envisage que « les Chambres peuvent toutefois régler par des lois les rapports juridiques créés sur la base des décrets non convertis ». La rédaction de ce texte n'est sans doute pas entièrement satisfaisante, notamment en ce qu'elle emploie un terme restrictif (toutefois) alors que ce devrait être au moins une pratique courante pour les chambres, sinon une obligation. Mais c'est tout de même une précieuse indication qu'il ne reste plus qu'à étendre, à partir de l'hypothèse d'une mesure de nécessité dont la ratification a été rejetée, à toutes les autres mesures de nécessité. La constitution italienne semble déjà vouloir l'appliquer aux cas où le Parlement n'a pris aucune position, ni en faveur de la ratification ni à son encontre, et qu'il nous faut maintenant envisager.

---

(43) La constitution espagnole (Loi constitutive des Cortès du 17 juillet 1942) prévoit dans son article 13 la possibilité pour les Cortès d'apporter toutes modifications qu'elles jugeraient nécessaires lors de la ratification.

B. — *Hypothèse d'une absence de ratification* (44).

L'absence de ratification entraîne une situation confuse, analogue à celle des décrets-lois non ratifiés dont on n'a jamais pu déterminer la place dans la hiérarchie des textes. Le problème est peut-être même encore plus aigu puisqu'il s'agit non seulement de la place des mesures de nécessité dans le système normatif mais encore de leur inclusion dans ce système c'est-à-dire de leur existence en droit.

L'idéal serait qu'une telle situation ne se produise jamais ; et on peut signaler au passage l'immense responsabilité qui pèse sur les assemblées parlementaires dans le domaine de l'état de nécessité et regretter l'incurie et parfois la lâcheté dont elles font preuve en ce domaine (45). Quoi qu'il en soit, c'est un fait ; il ne suffit pas de le déplorer (46), il faut en tenir compte et étudier le sort des mesures non ratifiées. La situation sera très différente selon que la constitution aura ou non prévu ce cas.

I. — Les textes constitutionnels envisagent parfois ce qu'il adviendra des mesures de nécessité lorsque les organes auxquels étaient dévolues les compétences de contrôle se sont abstenus de prendre position. Ce problème n'est d'ailleurs pas envisagé directement pour lui-même d'une manière générale, mais sa solution découle tout naturellement du système de ratification retenu par la constitution.

Le système de la ratification implicite assimile ainsi le silence du Parlement à une approbation des mesures de nécessité qui, tout comme un vote exprès en faveur de ces mesures, leur donne une valeur juridique dès l'origine et les qualifie définitivement au regard du sys-

---

(44) C'est d'une absence de prise de position de l'organe parlementaire sur les unes ou les autres des mesures de nécessité qu'il faudrait parler, plutôt que d'une absence de ratification. Car la situation est claire lorsque le Parlement a refusé de ratifier une mesure de nécessité, même si elle entraîne des conséquences parfois gênantes. La mesure est censée n'avoir jamais existé sauf précision contraire incluse dans la constitution ou la décision refusant de ratifier. Mais le premier cas est contraire à la logique du système et le second s'apparente plus à une ratification avec réserves qu'à un refus de ratification pur et simple.

(45) Il n'est pas besoin d'aller bien loin dans le temps et dans l'espace pour en trouver un exemple : le Parlement français a laissé passer sans réagir toutes les violations de la constitution commises par le Président de la République lorsqu'il a refusé de laisser le Parlement contrôler ses décisions. La seule tentative (dépôt d'une motion de censure le 12 septembre 1961, déclarée irrecevable) a tourné court.

(46) Peut-être même vaut-il mieux ne pas insister trop sur les inconvénients d'un contrôle parlementaire incomplet de peur que le Parlement ne se sente finalement écrasé sous l'ampleur de la tâche et qu'il ne veuille éviter le reproche d'incurie en procédant à une ratification en bloc des mesures de nécessité dans les cas où elles sont extrêmement nombreuses ; la qualité du contrôle n'y gagnerait certainement pas. Il est préférable, si le temps fait défaut, que le Parlement n'examine que les mesures de nécessité les plus importantes, mais qu'il les examine sérieusement.

tème normatif en vigueur. Aucun problème ne se pose dans ce cas. On peut seulement critiquer la valeur intrinsèque du système par rapport à l'idéal démocratique, puisque les mesures restent en vigueur jusqu'à éventuelle abrogation et ce avec qualification juridique constante (47).

La situation est moins certaine avec le système de ratification explicite. Les mesures de nécessité demeurent en effet dépourvues de qualification juridique définitive pendant un délai qui n'est peut-être pas plus long en réalité mais qui peut paraître plus long que s'il y avait ratification implicite à ceux qui sont intéressés par les mesures de nécessité : le silence parlementaire emporte des conséquences plus graves puisqu'il s'agit d'un changement sinon de droit du moins de fait. Autrement dit, le système de la ratification implicite emportait une sorte de présomption de ratification, c'est-à-dire de prolongement de l'état de choses existant, alors que le système de la ratification explicite emporte plutôt présomption du changement de cet état de choses à partir du moment où le Parlement semble décidé à se taire.

Ceci ne va pas sans quelqu'inconvénient. L'absence de ratification dans un délai de soixante jours à compter de leur publication fait ainsi perdre toute efficacité dès l'origine aux décrets-lois pris par le Gouvernement italien en vertu de l'article 77 de la constitution ; plus on s'approche de l'expiration du délai et plus il est à prévoir que ces décrets tomberont, sauf symptômes contraires. Mais — et c'est là ce qui nous intéresse en ce moment — la situation est nette à l'expiration du délai : l'absence de ratification vaut refus de ratification en vertu du texte constitutionnel.

2. — Mais la plupart du temps, la constitution ne règle pas par une disposition expresse le sort des mesures de nécessité non ratifiées : ou bien les constituants ont fait preuve d'un optimiste excessif en supposant que l'organe de contrôle statuerait sur toutes les mesures, ou bien ils n'ont pas voulu encourager l'abstention des assemblées. Que décider alors s'il n'est pas possible de déduire d'un texte prévoyant le recours à l'état de nécessité ni de toute autre disposition constitutionnelle une réponse à cette question ?

Le droit positif n'apporte pas de solution satisfaisante. Il se réduit d'ailleurs en l'espèce à la jurisprudence puisque, par hypothèse, le droit écrit fait défaut (48). Or les décisions juridictionnelles sont entiè-

---

(47) L'incertitude qui peut exister un certain temps, tant que l'on peut pratiquement se demander si le Parlement ne va pas retirer — ou exiger le retrait de — la mesure, n'est pas au fond beaucoup plus grande que celle qui existe relativement à un texte législatif ou règlementaire dont on envisage la modification ou l'abrogation, réserve faite de ce que cette modification ou abrogation s'applique ici également pour le passé.

(48) La pratique de l'organe de nécessité considérant ces mesures comme valables ne peut être retenue car il est impossible d'être à la fois juge et partie. Quant au Parlement, il se désintéresse de cette question puisqu'il s'abstient de prendre position sur la demande de ratification.

rement dominées par les prises de position sur le principe même de la réception de l'état de nécessité en démocratie. On aboutit ainsi à deux solutions opposées : les jurisprudences qui rejettent l'état de nécessité considèrent que l'absence de ratification rend inexistantes les mesures de nécessité ; celles qui acceptent l'état de nécessité (sous réserve du contrôle de l'un ou l'autre de ses éléments) assimilent le silence du Parlement à une ratification tacite. C'est sans doute clair ; mais on peut difficilement admettre que le même problème, posé dans des termes identiques, reçoive des réponses contradictoires en deça et au-delà des Pyrénées... L'unication doit se faire ; il reste à savoir en quel sens la démocratie exige qu'elle se fasse.

L'importance du contrôle de l'état de nécessité par rapport aux exigences démocratiques pourrait à première vue conduire à penser que la ratification est un élément essentiel de validité et que par conséquent les mesures de nécessité non ratifiées n'ont jamais eu d'existence juridique. Notre préférence pour le système de la ratification explicite semble même incliner en faveur de cette affirmation. Nous n'adopterons pourtant pas une position aussi catégorique qui aurait l'inconvénient de manquer totalement de réalisme et finalement de refuser presque de recevoir l'état de nécessité en démocratie après avoir montré que sa réception était inéluctable.

Nous nous rallierons à une solution qui trouve son inspiration dans les principes généraux du raisonnement et de la pratique juridiques. Ils peuvent, semble-t-il, se résumer en une règle de portée très large : les mesures de nécessité à propos desquelles le Parlement n'a pas manifesté son opinion doivent être maintenues dans leurs effets passés, mais doivent disparaître dans leurs effets à venir. Il reste alors à distinguer les effets passés des effets à venir et à déterminer à partir de quel moment exact cette règle doit commencer à recevoir application. La réponse doit être cherchée dans une distinction entre les mesures réglementaires et les mesures individuelles, en tenant compte également de ce que nous avons dit des conséquences du caractère provisoire de l'état de nécessité (49).

Les mesures réglementaires non ratifiées — qu'elles soient de nature législative ou réglementaire stricto sensu — doivent cesser d'être en vigueur quand la nécessité ne les justifie plus ; et on peut présumer que ce sera le cas au plus tard à l'expiration du délai dans lequel le Parlement aurait pu raisonnablement statuer, au fond quand il apparaît manifeste que le Parlement ne s'y intéressera pas. On peut réintroduire sur ce point — nous l'avons déjà indiqué — le contrôle du juge, mais avec la double indication d'une part que le juge est habilité à déclarer caduque la mesure de nécessité seulement

---

(49) Ci-dessus, p. 323. C'est ainsi qu'il est inutile de revenir sur le sort des mesures de suspension constitutionnelle : ratifiées ou non, elles ont de toute façon cessé d'être en vigueur dès la fin de la concentration des pouvoirs. Pour la période de la concentration des pouvoirs, on doit maintenir leurs effets, en principe intégralement passés.

à compter d'une date assez éloignée de l'édiction de cette mesure, et d'autre part qu'il doit faire preuve d'une certaine souplesse et d'une extrême prudence dans son appréciation afin d'ôter à ses décisions tout aspect politique (50).

Il n'existe aucune solution vraiment satisfaisante pour les mesures individuelles. Car le principe du maintien des effets passés et de la disparition pour l'avenir peut conduire à des situations absolument iniques, au moins pour certaines décisions, si on l'applique à la lettre. Comparons, par exemple, le cas d'un internement administratif décidé sans aucune garantie et celui d'une révocation sommaire de fonctionnaire. Juridiquement, les deux décisions ont des effets très différents ; la première se prolonge dans son application alors que la seconde épuise en une seule fois toutes ses conséquences de droit. Il sera relativement facile d'appliquer le principe général du maintien des effets passés dans le premier cas : l'individu interné sera libéré pour l'avenir, sans droit à compensation pécuniaire pour le passé. Mais dans le second cas que faire ? (51) Réintégrer le fonctionnaire équivaut à supprimer la mesure de révocation, donc à effacer les effets passés comme si la mesure de nécessité avait été refusée expressément par l'organe de contrôle ; le principe du maintien des effets acquis et entièrement déroulés veut que la révocation soit définitive. Mais alors cela équivaut à une validation totale de la mesure de nécessité. On mesure toute la complexité de la question...

Il semble impossible à vrai dire de trancher le débat *a priori*. Tout dépend au fond du contenu de la mesure individuelle et il appartient à l'organe de contrôle ou même à l'organe de nécessité de prévoir la solution la plus équitable pour chacune de ces catégories de mesures : ainsi, pour reprendre l'hypothèse d'une révocation de fonctionnaire, on pourrait songer à recommencer la procédure de révocation en respectant les règles légales ; si la révocation se trouvait maintenue, elle serait valable à dater de la mesure de nécessité qui l'avait une première fois prononcée...

Le droit positif n'offre pas d'exemples nets en ce domaine, sinon une tendance au maintien des effets des mesures de nécessité individuelles plus longtemps sans doute et plus largement que le salut de l'Etat ne l'aurait exigé. Exceptionnellement, on peut rencontrer une

---

(50) Ce système n'est pas celui de la ratification explicite : la différence se situe dans la période comprise entre la date d'entrée en vigueur de la mesure de nécessité et l'expiration du délai de ratification parlementaire. Si on retient la ratification explicite, l'absence de manifestation de la volonté parlementaire fait tomber — ou devrait faire tomber — la mesure de nécessité pour l'avenir et pour le passé ; ici, il ne s'agit que de la faire tomber pour l'avenir. Ses effets passés sont maintenus ; et comme l'essentiel de ces effets se trouve matérialisé par des mesures individuelles, le problème de l'application du principe se trouve reporté à ce niveau.

(51) Dans l'hypothèse où cette mesure ne s'appuierait pas sur un texte général expressément validé (auquel cas la mesure de révocation conforme à ce texte devrait être maintenue) ou expressément rejeté (auquel cas la mesure de révocation se trouverait anéantie).

volonté systématique d'effacer toutes les traces de l'activité de l'organe de nécessité. L'orientation sera finalement commandée par le succès ou l'échec de l'entreprise de nécessité, par le jugement que les organes de contrôle porteront sur la personne même du titulaire des pouvoirs de nécessité.

Section II

LE CONTROLE SUR LE TITULAIRE DES POUVOIRS DE NECESSITE

Le contrôle analytique des mesures de nécessité est insuffisant ; il doit être suivi d'un contrôle global portant sur l'ensemble de l'activité du titulaire des pouvoirs de nécessité à travers un jugement concernant la personne de ce titulaire (52). Plusieurs raisons conduisent à l'organiser.

La fonction essentielle du contrôle sur le titulaire des pouvoirs de nécessité est une fonction préventive ; ce n'est qu'accessoirement une fonction répressive, ou plus exactement la fonction préventive prédomine précisément parce que la fonction répressive demeure constamment à l'arrière-plan. C'est une situation inverse de celle du contrôle sur les mesures de nécessité : la ratification sert avant tout à qualifier juridiquement des mesures de nécessité effectivement intervenues et appliquées ; l'éventualité d'un refus de ratification peut et doit certes peser sur la décision de l'organe de nécessité, mais ce n'est pas là le but visé au premier chef par l'institution du contrôle sur les mesures de nécessité, ce n'est qu'une conséquence heureuse non essentiellement voulue. La perspective d'avoir à subir un contrôle sur sa propre personne ne saurait au contraire être absente de l'esprit du titulaire des pouvoirs de nécessité chaque fois qu'il prend une décision à commencer par celle de concentrer tous les pouvoirs entre ses mains ; elle ne peut manquer d'orienter dans une très large mesure la ligne de conduite qu'il choisit d'adopter. Le contrôle sur le titulaire des pouvoirs de nécessité l'empêchera ainsi de commettre des abus de propos délibéré et le rendra également plus circonspect au simple plan de l'opportunité des décisions à prendre. C'est là que se trouve la plus grande part de son utilité.

Il en résulte tout d'abord que ce contrôle ne sera appelé à jouer effectivement qu'à l'encontre d'un titulaire des pouvoirs de nécessité qui aurait échoué — partiellement ou complètement — dans son

(52) A vrai dire, ce qui est indispensable, c'est l'existence d'une possibilité d'exercer ce contrôle bien plutôt que sa mise en œuvre effective.

entreprise de salut public, ou qui aurait réussi mais en utilisant des moyens dont le coût aurait été disproportionné au résultat, ou supérieur au prix dont un homme plus avisé aurait pu se contenter. Autrement dit, c'est seulement dans les hypothèses d'exercice plus ou moins défectueux de l'état de nécessité que l'on aura recours à un contrôle sur l'organe de nécessité. Au cas d'exercice correct, il n'y aurait pas lieu de le mettre en œuvre (53).

Il en résulte surtout que, le contrôle sur le titulaire des pouvoirs de nécessité jouant son rôle le plus important au moment où le recours à l'état de nécessité est déclenché et les pouvoirs de nécessité utilisés, il faut l'organiser de façon très différenciée. On doit en effet y intégrer deux considérations contradictoires, et donc les concilier.

Il faut qu'existe un contrôle sévère assorti de sanctions très graves pour que la menace de contrôle sur la personne ait suffisamment de poids en face des tentations d'abus de pouvoir. Il faut rechercher un effet d'intimidation envers un organe de nécessité de mauvaise foi dès l'origine ou qui se laisserait peu à peu entraîner à renier les principes démocratiques.

Mais il faut éviter que la perspective de conséquences aussi lourdes n'ait un effet paralysant sur un organe de nécessité de bonne foi, qui reculerait devant l'action de peur de subir ensuite dans sa personne même les effets d'un échec dont il serait peut-être en partie responsable par imprudence ou maladresse, mais non de propos délibéré. La crainte de la sanction a certes un effet salutaire, mais à condition que la gravité de la sanction ne dépasse pas un certain niveau dans certains cas (54).

Le seul moyen de faire face à cette double exigence est de prévoir un double contrôle sur la personne du titulaire des pouvoirs de nécessité : d'une part un contrôle pénal qui jouerait dans les cas les plus graves et qui poursuivrait donc un objectif d'intimidation, et d'autre part un contrôle politique destiné à sanctionner seulement les erreurs et les maladresses en écartant du pouvoir un homme incapable mais dont l'honnêteté, au moins globale, empêche qu'il soit sanctionné plus sévèrement.

---

(53) Cette remarque justifie l'antériorité du contrôle sur les mesures de nécessité par rapport au contrôle sur l'organe : il est peu probable qu'il soit déclenché si toutes les mesures de nécessité ont été ratifiées ; si une partie seulement de ces mesures a été approuvée, le contrôle sur la personne pourrait alors être déclenché mais son issue ne serait pas nécessairement défavorable à l'organe de nécessité (il existe un « seuil » de tolérance des erreurs ou excès de cet organe, dont la fixation dépend de l'appréciation des organes de contrôle) ; enfin dans l'hypothèse où les organes de contrôle auraient renié à peu près toute l'œuvre du titulaire des pleins pouvoirs, le contrôle sur les mesures devrait toujours être suivi d'un contrôle — sévèrement sanctionné — sur ce titulaire.

(54) On peut également remarquer que si la sanction prévue pour frapper le titulaire des pouvoirs de nécessité est trop grave, il est à peu près certain qu'elle ne sera pas utilisée par les organes de contrôle, qui préfèreront laisser impuni plutôt que de punir trop lourdement. L'organe de nécessité ne manquerait pas de le savoir et de compter un peu trop sur cette indulgence.

§ 1. — *Le contrôle pénal sur le titulaire des pouvoirs de nécessité.*

Le contrôle pénal sur le titulaire des pouvoirs de nécessité se révèle en général très défectueux, tant par la façon dont l'expérience l'a fait fonctionner que par celle dont les textes l'organisent.

Le premier point nous fait sortir du domaine proprement juridique et constitutionnel pour être absorbés dans celui de la politique au sens le moins noble du terme. Il n'y a plus ici place pour aucune règle, aucun principe de droit ou de morale. Cela risque d'être bien souvent le triomphe de la force, le règne de la passion. Le seul contrôle pénal prévu par les textes constitutionnels (la justice politique) n'a jamais été mis en œuvre à l'occasion d'un recours à l'état de nécessité alors que les abus ont pourtant été nombreux en ce domaine.

La raison en est, semble-t-il, qu'un recours à l'état de nécessité intervenu aux détriments de la démocratie mène à l'alternative suivante : ou bien l'organe de nécessité a réussi à utiliser le recours à l'état de nécessité à son profit et à confisquer une partie du pouvoir, auquel cas il est trop puissant pour qu'un organe de contrôle ose provoquer une condamnation pénale à son encontre (55) ; ou bien l'organe de nécessité qui a déclenché la concentration des pouvoirs à seule fin de servir des visées personnelles n'a pu mener à bien son entreprise car il a trouvé devant lui des résistances trop acharnées, auquel cas les passions se déchaînant par réaction contre lui, il sera le plus souvent jugé par des tribunaux d'exception qui exercent beaucoup plus une vengeance politique qu'un véritable contrôle pénal.

Cette situation déplorable trouve sa source principale dans les défauts de la nature humaine. Mais le droit ne peut se considérer comme dégagé de toute responsabilité que dans la mesure où ses dispositions ont été élaborées de façon à répondre du mieux possible aux objectifs visés. Or ce n'est pas le cas du contrôle pénal organisé par les constitutions des Etats démocratiques.

Il est pratiquement tout entier contenu dans la procédure de justice politique prévue par la plupart des constitutions démocratiques à l'encontre des titulaires de fonctions politiques et constitutionnelles (56). Or si les conditions de mise en œuvre de la justice politique sont dans l'ensemble bien adaptées au contrôle pénal sur un organe

---

(55) Et d'ailleurs souvent trop populaire (de gré ou de force...) pour qu'une telle initiative soit suivie d'effets.

(56) En l'état actuel de l'institution, elle ne pourrait pas jouer dans le cas d'un titulaire des pouvoirs de nécessité qui ne serait pas un organe constitutionnel mais seulement un pouvoir de fait. Celui-ci serait justiciable des tribunaux de droit commun compétents en matière politique. Malgré tout, nous pouvons négliger cette hypothèse étant donnée sa rareté, en souhaitant seulement que la procédure de haute trahison soit étendue à tout organe de nécessité.

de nécessité, ses effets demandent en revanche une sérieuse transformation ou au moins une description plus précise.

A. — *Conditions de mise en jeu du contrôle pénal* (57).

Les principes sur lesquels reposent les conditions de mise en jeu de la justice politique permettent d'assurer un contrôle pénal satisfaisant sur l'organe de nécessité. Deux avantages sont à noter particulièrement, tous deux issus des particularités de la justice politique, fonction à la fois juridictionnelle et politique : l'un a trait à la procédure (58), l'autre à l'incrimination.

1. — Les objections que nous avons émises à l'encontre d'un contrôle principalement juridictionnel de l'état de nécessité (59) ne jouent pas en ce qui concerne la justice politique exercée sur le titulaire des pouvoirs de nécessité. Les particularités des juridictions politiques et les règles de procédure suivies devant elles remédient en effet aux inconvénients d'un contrôle juridictionnel car elles combinent de façon relativement équilibrée et assez judicieuse les éléments proprement juridictionnels et les éléments politiques (60).

La juridiction chargée de rendre les sentences de justice politique — c'est-à-dire de prononcer des condamnations contre des organes constitutionnels qui se sont rendu coupables d'abus dans l'exercice de leurs fonctions — comporte en général un élément politique dans sa composition : ou bien cette juridiction est tout simplement l'une des deux chambres du Parlement constituée en Haute Cour pour la circonstance (61), ou bien il s'agit d'une juridiction spéciale mais dont les membres sont désignés par les assemblées parlementaires (62) et au surplus choisis le plus souvent au sein de ces assemblées (63). Un corps politique participe donc dans tous les cas à la structure de l'organe

---

(57) Ces conditions varient parfois assez sensiblement d'un Etat à l'autre, c'est pourquoi il est impossible de les étudier ici en détail. Mais les principes généraux qui les inspirent sont les mêmes dans toutes les démocraties.

(58) Au sens large qui inclut l'organisation des juridictions.

(59) Ci-dessus, p. 340.

(60) En outre ce contrôle pénal n'est pas le seul qui soit exercé sur l'état de nécessité ni même sur le titulaire des pouvoirs de nécessité.

(61) Le Sénat sous les lois constitutionnelles de 1875 en France, le Sénat aux Etats-Unis, la Chambre des Lords en Grande-Bretagne.

(62) Tribunal constitutionnel Fédéral dans la Loi Fondamentale de Bonn, Cour Constitutionnelle dans la constitution italienne de 1948.

(63) Entièrement (constitution française de 1958) ou pour partie (la Haute Cour danoise se compose de membres ordinaires de la Cour Suprême auxquels sont adjoints un nombre égal de juges élus pour quatre ans par le Landsting (deuxième chambre) parmi ses membres).

La Haute Cour de Justice de la constitution française de 1946 était composée pour les 2/3 de membres de l'Assemblée Nationale élus par cette assemblée, l'autre tiers étant également élu par elle mais en dehors de son sein.

chargé de rendre la justice politique, ce qui le rend mieux apte à apprécier l'exercice de l'état de nécessité avec tous les aspects politiques qu'il comporte. Le caractère juridictionnel demeure cependant en ce qui concerne le statut de ses membres : il peut donc y avoir un véritable contrôle pénal (qui exige d'être exercé par une juridiction) sur le titulaire des pouvoirs de nécessité.

La procédure suivie devant les organes chargés de la justice politique associe de même très heureusement les éléments politiques et les éléments juridictionnels. L'initiative des poursuites sur le titulaire des pleins pouvoirs appartient toujours au Parlement, donc à un organe politique (64). Mais cet organe se trouve dessaisi de tous ses pouvoirs aussitôt la mise en accusation adoptée ; l'affaire passe entre les mains d'organes d'instruction qui sont en général composés de magistrats appartenant à des juridictions et qui appliquent toujours les principes de procédure en vigueur devant des juridictions. Ainsi c'est vraiment un acte juridictionnel qui est l'aboutissement du contrôle pénal sur le titulaire des pouvoirs de nécessité, mais un acte juridictionnel dont le point de départ fait une large place aux considérations politiques à cause de la personnalité de ceux auxquels il appartient de prendre la décision initiale.

2. — L'incrimination est aussi très bien adaptée au contrôle sur le titulaire des pouvoirs de nécessité. La justice politique comprend, à la différence de la justice pénale proprement dite, un large secteur d'indétermination : c'est celui qui tombe en France sous le chef d'incrimination, à la fois souple et extensif, de « haute trahison ».

Des organes constitutionnels relèvent certes de la justice politique pour des crimes et délits commis dans l'exercice de leurs fonctions, donc pour des actes prévus et définis par la loi pénale (65). Mais on peut concevoir bien d'autres motifs de condamnation pénale du titulaire des pouvoirs de nécessité. Une violation délibérée de la constitution, notamment de ses dispositions essentielles au regard des exigences démocratiques, une atteinte grave aux intérêts nationaux, tous faits qui révèlent une méconnaissance profonde des devoirs de la charge lors du déclenchement de l'état de nécessité ou de l'utilisation consécutive des pouvoirs de nécessité peuvent mériter d'être qualifiés d'infrac-

---

(64) Au surplus assez représentatif, ce qui donne un caractère relativement démocratique à ce contrôle pénal.

(65) Ceci n'est pas à négliger en ce qui concerne le contrôle pénal sur le titulaire des pouvoirs de nécessité (et sur ses collaborateurs dans la mesure où ils ont été étroitement associés à l'entreprise). Il peut arriver que le titulaire des pleins pouvoirs se rende coupable d'abus qui tombent sous le coup des lois pénales dans l'exercice de l'état de nécessité : le déclenchement de l'état de nécessité alors qu'aucun péril sérieux ne menaçait l'Etat dans le seul but de s'emparer des rênes du pouvoir est ainsi une atteinte à la sûreté intérieure (et extérieure si c'est en liaison avec des événements internationaux) de l'Etat ; une utilisation des pouvoirs de nécessité dans le domaine judiciaire conduisant à des condamnations sommaires suivies d'exécutions capitales peut ainsi être considérée comme une suite d'assassinats purs et simples...

tion pénale et entraîner à ce titre la condamnation de celui qui en est reconnu coupable. L'inculpation de haute trahison permet de recouvrir tous ces faits en conservant cependant une souplesse suffisante (66).

Cette attitude est particulièrement précieuse pour assurer préventivement un exercice correct de l'état de nécessité. Elle réalise à merveille la conciliation entre l'indispensable sévérité et la non moins indispensable indulgence.

Il est très difficile d'incriminer avec précision et individuellement toutes les exactions auxquelles l'organe de nécessité est susceptible de se livrer étant données l'ampleur et la variété des moyens dont il dispose. Le concept de haute trahison comble la lacune qui pourrait en résulter par sa capacité d'englober toutes les infractions éventuelles. L'organe de nécessité doit savoir — et il sait — que le moindre abus, la moindre irrégularité auxquels il se livre ou qu'il laisse commettre *peuvent* le conduire devant la juridiction chargée de la justice politique.

Mais il sait aussi que la fluidité de la notion de haute trahison permet de donner à l'infraction un caractère suffisamment subjectif pour que l'on ne qualifie pas de haute trahison certains de ses actes, même formellement contraires au droit, si les circonstances leur servent de fait justificatif ou simplement d'excuse politique. Le fait que la haute trahison n'ait jamais recouvert en pratique que des agissements extrêmement graves à propos desquels la culpabilité subjective des accusés était manifeste incite l'organe de nécessité à être prudent sans pour autant le rendre timoré.

L'expérience prouverait même que le titulaire des pouvoirs de nécessité ne craint guère sa traduction et encore moins sa condamnation devant une juridiction politique. Ce qui tendrait à faire croire que le contrôle pénal ainsi organisé ne le rend peut-être finalement pas assez prudent. Cette situation provient en réalité non pas tant d'une défectuosité des conditions de mise en jeu du contrôle pénal que d'une insuffisance de ses effets.

B. — *Les effets du contrôle pénal.*

Le contrôle pénal tel que le droit positif en organise actuellement les effets n'est pas assez énergique. Il peut cependant rendre de grands services ; il permet notamment d'atteindre personnellement certains organes constitutionnels dont le fonctionnement habituel des institutions politiques oblige à consacrer l'irresponsabilité (67) : nous

---

(66) Cette remarque est valable d'une manière générale, mais elle souffre certaines exceptions. Ainsi la « trahison » aux Etats-Unis est strictement définie par la constitution elle-même (article III, section III).

(67) En temps normal au moins ; car pour ce qui est de l'exercice de l'état de nécessité, nous pensons quant à nous qu'il faut apporter une exception à cette irresponsabilité (Cf. § 2). Mais le droit positif n'a pas consacré pour l'instant cette solution ; il faut donc savoir utiliser ce qui existe pour suppléer dans une certaine mesure les lacunes des textes sur d'autres points.

pensons tout particulièrement au chef d'Etat présidentiel et au chef d'Etat parlementaire, surtout s'il a agi sans contreseing. Certaines dispositions existantes contiennent des virtualités qu'il ne reste plus qu'à exploiter pour obtenir les améliorations désirables.

1. — La sanction de principe de la justice politique consiste dans la destitution de l'organe reconnu coupable, c'est-à-dire dans la perte du pouvoir politique. Il ne s'agit donc pas tout à fait d'une véritable sanction pénale (68). Les effets du contrôle pénal sont très peu différents de ceux du contrôle politique ; la différence se réduit au fond à une sorte de coloration infâmante qui existe dans le premier cas mais non dans le second (69).

Cet écart est beaucoup trop faible. Il devrait être accru par un renforcement de la sévérité de la sanction du contrôle pénal. Peut-on raisonnablement croire que la perspective de la perte du pouvoir politique sera suffisante pour faire reculer un homme décidé à un coup de force contre la démocratie à la faveur d'un recours plus ou moins justifié à l'état de nécessité ? Ce serait une illusion d'autant plus dangereuse qu'elle risque d'endormir la vigilance des organes constitutionnels et des citoyens. Il ne faut pas oublier que l'action politique est bien souvent fondée sur l'idée de risque calculé : celui qui prend une initiative le fait après en avoir évalué les avantages et les inconvénients éventuels et après avoir constaté que les premiers étaient au moins égaux aux seconds en quantité ou en probabilité. Un homme dépourvu de scrupules démocratiques ne sera pas arrêté par la crainte de perdre le pouvoir. Il a de plus grands avantages à jouir du pouvoir absolu qu'il n'aurait d'inconvénients à perdre la part de pouvoir qu'il détient. Il faut tenir compte de cette mentalité de « joueur » qui est celle de bon nombre d'hommes politiques et de l'atmosphère de « pari » qui entoure bien souvent leurs décisions.

L'organe de nécessité hésitera davantage si le contrôle pénal peut aboutir au prononcé d'une peine véritable. Le joueur qui garde la tête froide ne joue qu'à bon escient, si les pertes risquées ne sont pas trop disproportionnées aux gains escomptés. Une condamnation à l'une des peines prévues par le code pénal en matière politique (et en matière de droit commun si la nature des abus s'y prête) aura un effet intimidant autrement efficace.

La psychologie collective conduit au surplus aux mêmes exigences que la psychologie individuelle : c'est une sanction plus sévère que la

---

(68) A l'exception des hypothèses où cette justice s'exerce à l'encontre de certaines personnalités (ministres en général) à qui l'on reproche d'avoir commis des crimes ou délits définis par la loi pénale ; en ce cas la peine prononcée est celle prévue par la loi relativement aux infractions en cause.

(69) Avec cette conséquence que l'organe condamné pénalement ne pourra pas en principe revenir au pouvoir alors que l'organe sanctionné politiquement pourra reprendre sa place dès que l'opinion qui l'a désavoué lui accordera à nouveau sa confiance.

perte du pouvoir qui s'impose là encore. L'opinion informée d'atteintes graves au principe démocratique, à la liberté et à la dignité de l'homme, ne se contentera pas de voir leur auteur écarté du pouvoir ; l'homme de la rue estimera « qu'il s'en tirerait à trop bon compte », et il réclamera un châtiment plus rigoureux. Il faut donner satisfaction à cette justice populaire qui se trompe parfois (70) mais qui peut aussi constituer la meilleure expression de la Justice qu'il soit humainement possible d'obtenir. Le besoin naturel, presqu'instinctif, d'un équilibre entre les fautes et les sanctions ne doit pas être laissé insatisfait sous peine d'affaiblir le sens démocratique de l'ensemble des citoyens.

2. — La réforme nécessaire du droit positif sur ce point pourrait se réaliser dans certains cas par une simple adaptation, voire une simple utilisation intégrale, des dispositions existantes. Tout dépend à cet égard de ce que prévoient — ou ne prévoient pas — les textes et les traditions constitutionnelles du pays.

Plusieurs constitutions semblent laisser entendre que la seule sanction applicable à un organe constitutionnel coupable de haute trahison est la perte du pouvoir politique. C'est le cas de la constitution irlandaise qui parle de la suspension du Président (71) et de la Loi Fondamentale de Bonn qui donne au Tribunal Fédéral le pouvoir de prononcer la destitution du Président de la République (72). L'interprétation de ces dispositions dans un sens restrictif est corroborée par celle de la constitution française de 1946 : le Doyen Vedel pensait ainsi que dans le cas de haute trahison pure et simple (73), la Haute Cour ne pouvait prononcer que la destitution (74). Il est bien évident qu'un amendement à la constitution est indispensable dans ces cas pour rendre possible une sanction véritablement pénale.

Mais d'autres constitutions permettent le prononcé d'une peine dans l'état actuel des textes. Ce sont d'abord les constitutions qui sont muettes sur le sujet, telles les constitutions italienne, belge et française de 1958 (75) : il suffit d'interpréter leur silence comme impliquant pour les organes juridictionnels chargés de juger pénalement le titulaire des pouvoirs de nécessité le droit de créer eux-mêmes des peines. Cette audace, toute relative, ne peut qu'être encouragée par les positions adoptées par les constitutions d'États aussi divers que

(70) Et c'est pourquoi le contrôle pénal ne peut être confié au peuple lui-même, à la différence du contrôle politique. Il est indispensable qu'il comporte les garanties d'un procès devant un organe juridictionnel.

(71) Article 12-§ 10-7°.

(72) Article 61, al. 2.

(73) C'est-à-dire lorsqu'on ne relevait aucune infraction pénale strictement définie.

(74) *Manuel de droit constitutionnel* 1949, p. 547.

(75) Vedel : *Cours de droit constitutionnel et d'institutions politiques* 1961-1962, p. 1095.

les Etats-Unis (76) ou la République Fédérale d'Autriche (77) qui reconnaissent la possibilité d'aggraver par des sanctions pénales ou parapénales la simple perte du pouvoir politique, sans aller toutefois jusqu'à prévoir d'une manière générale l'application de sanctions pénales.

Les lacunes du droit positif sur ce point tiennent au fond peut-être plus — paradoxalement — aux lacunes parallèles sur le contrôle politique. Cela s'explique fort bien : le contrôle pénal est souvent organisé à l'encontre d'organes dont la responsabilité politique ne peut être mise en jeu ; il tend donc à se rapprocher de ce contrôle politique. La généralisation du contrôle politique devrait permettre d'accroître la sévérité et l'efficacité du contrôle pénal, qui revêtirait alors un caractère tout à fait exceptionnel.

§ 2. — *Le contrôle politique sur le titulaire des pouvoirs de nécessité.*

La démocratie n'exige pas seulement de ceux qui sont au pouvoir l'honnêteté et la fidélité aux principes démocratiques. Ces qualités ne sont pas suffisantes à l'homme d'État qui parle et agit au nom du peuple. Ses paroles et ses actions doivent en outre être conformes à la volonté populaire. Il faut donc un lien de confiance entre le peuple et ses représentants. Or l'organe de nécessité ignore s'il jouit de la confiance populaire au moment où il déclenche l'état de nécessité ; et le saurait-il qu'il l'ignorerait ensuite lorsque, les événements évoluant, l'opinion risque de changer elle aussi. Le contrôle politique a pour objet de vérifier l'existence de ce lien de confiance, rétroactivement pour toute la période d'exercice de l'état de nécssité et aussi en considération de l'avenir du fonctionnement des institutions démocratiques restaurées.

Le contrôle politique sur le titulaire des pouvoirs de nécessité sera en conséquence amené à jouer beaucoup plus souvent que le contrôle pénal. Un contrôle pénal répété est le signe que la démocratie est en crise et qu'elle doit réagir ; le contrôle pénal est à la démocratie ce que la fièvre est à la santé : un moyen de défense contre un danger. Au contraire, la fréquence du contrôle politique (78) n'a rien d'alarmant ; c'est l'aboutissement normal du contrôle démocratique de l'état de nécessité. Cela montre que ce contrôle est nécessaire, et cela implique une certaine organisation qui assure au maximum son caractère démocratique.

---

(76) Article II, section III : le Congrès aura le pouvoir de fixer la peine en cas de trahison.

(77) Article 142, al. 4 qui adopte une position nuancée : « L'arrêt de condamnation de la Cour prononce la déchéance de la fonction et, au cas de circonstances particulièrement aggravantes, la privation temporaire des droits civiques. »

(78) Par rapport aux cas de recours à l'état de nécessité, s'entend, ce qui rend cette fréquence relativement faible dans l'absolu...

A. — *La nécessité du contrôle politique.*

Elle découle de la nature même de ce contrôle qui est la vérification de la convergence entre la volonté du peuple souverain (79) et celle de l'organe de nécssité. Elle n'est au fond que l'application de cette vérité fondamentale que l'autorité et la responsabilité sont et doivent être liées. Celui qui endosse la responsabilité a et doit avoir le pouvoir réel (80), mais réciproquement celui qui jouit de quelque pouvoir voit et doit voir peser sur lui une responsabilité correspondant à la part de pouvoir dont il jouit. L'organe de nécessité doit donc être soumis à un contrôle politique destiné à mettre sa responsabilité en œuvre.

Cette remarque d'ordre général prend un sens encore plus aigu du fait que le contrôle politique sur le titulaire des pouvoirs de nécessité a une physionomie propre qui le rend indispensable. Ni le contrôle pénal sur le titulaire des pouvoirs de nécessité, ni le contrôle politique sur les mesures de nécessité, à mi-chemin desquels il se situe, ne peuvent le remplacer.

1. — Le contrôle politique, comme le contrôle pénal, porte sur un homme (ou un groupe d'hommes) et non sur des actes. Les actes du titulaire des pouvoirs de nécessité doivent certes être pris en considération (81), mais c'est tout de même l'élément personnel qui prédomine : ce sont l'homme et sa situation personnelle qui seront visés et qui seront effectivement frappés.

Mais contrôle politique et contrôle pénal présentent des différences qui sont autant d'obstacles à ce qu'on puisse les interchanger. La première de ces différences a trait aux organes de contrôle. Nous ne nous y arrêterons pas : la nécessité du contrôle par un organe politique qui a déjà été mise en lumière s'applique à ce point particulier ; quant à l'organisation plus précise de ce contrôle, nous y reviendrons. Il faut insister, en revanche, sur les différences qui concernent les motifs de l'une et l'autre forme de contrôle et leurs conséquences. Elles procèdent toutes de l'idée que le contrôle pénal est destiné à sanctionner des fautes plus graves que le contrôle politique.

L'élasticité de la notion de haute trahison n'est pas indéfinie. La haute trahison requiert pour son existence deux éléments essentiels : un minimum de gravité de l'acte et une intention chez son auteur. Or il peut arriver que l'organe de nécessité commette certaines fautes auxquelles manque l'un ou l'autre, voire l'un et l'autre, de ces éléments.

---

(79) Exprimée directement ou par l'intermédiaire de ceux qui sont censés l'exprimer avec le plus de fidélité, en tout cas avec une présomption de fidélité plus grande que pour l'organe de nécessité.

(80) L'histoire du contreseing en régime parlementaire est là pour le prouver.

(81) Ils le sont même plus dans le contrôle politique que dans le contrôle pénal où l'accent est davantage mis sur l'aspect subjectif.

Le concept de faute en matière politique et constitutionnelle est aussi incertain et complexe que dans les autres domaines. On parlera volontiers de faute à propos d'une irrégularité délibérément voulue, mais qui n'entraîne pas de conséquences très préjudiciables au bien public ; le manque de gravité empêchera cependant de la considérer comme un acte de haute trahison. Ou bien l'acte incriminé servant de motif au contrôle sur la personne aura peut-être une portée néfaste très étendue, mais celui qui l'aura commis l'aura fait en toute honnêteté démocratique, convaincu — à tort sans doute, mais néanmoins convaincu — que c'était le seul moyen de sauver l'Etat ; il manquera alors cet élément intentionnel nécessaire à l'existence d'un crime de haute trahison, ce sera tout au plus une imprudence ou une maladresse comme tout homme investi de larges pouvoirs est inévitablement amené à commettre. Ces fautes ne sont que des fautes au sens politique du terme ; on ne peut les assimiler à des fautes pénales. Il faut donc prévoir un système de contrôle non pénal sur leurs auteurs.

Le contrôle pénal ne serait d'ailleurs pas adapté même si on admettait la possibilité d'étendre à l'infini les faits pouvant lui servir de base, parce qu'on serait arrêté par l'inadéquation de la sanction. La justice la plus élémentaire s'oppose à ce qu'un homme soit puni lourdement pour un acte peu grave ou, pis encore, pour un acte qu'il a cru devoir faire en son âme et conscience. La sanction de la haute trahison, même la moins lourde, demeure encore trop forte dans certaines hypothèses, ne serait-ce que par la coloration infâmante qui lui est psychologiquement attachée.

Cette situation risquerait d'ailleurs d'aboutir paradoxalement non à sanctionner trop, mais à ne pas sanctionner assez : il n'y aura pas de mise en jeu de la responsabilité pénale, hors les cas très graves, même lorsqu'il serait possible de déceler une haute trahison (au sens large et juridique du terme), parce que les organes politiques chargés de déclencher la procédure auront peur que les choses n'aillent ensuite trop loin, que le titulaire des pouvoirs de nécessité ne soit atteint au-delà de ce qui leur paraît juste (82).

Il faut un moyen terme entre ce tout ou rien ; ce ne peut être qu'un contrôle politique qui porte sur la personne du titulaire des pleins pouvoirs.

2. — Le contrôle sur les mesures de nécessité ne saurait en effet tenir la place du contrôle sur la personne de leur auteur, bien que ces

(82) Il resterait certes la ressource de déclencher tout de même la mise en accusation pénale à titre d'avertissement, avec le secret espoir que la juridiction constatera la non-culpabilité et acquittera purement et simplement. Ce serait ainsi une sorte de blâme indirect de l'action de l'organe de nécessité. Mais cela ne serait pas sans danger pour l'avenir de la démocratie : l'organe de nécessité ne risquerait-il pas plutôt de sortir auréolé du prestige de la victime innocente aux yeux de l'opinion, et son autorité de se trouver indûment renforcée ?

deux formes de contrôle politique présentent une étroite affinité et qu'elles aient de multiples répercussions l'une sur l'autre.

L'optique du contrôle est analogue certes, et les conséquences très voisines dans les deux cas. L'organe de contrôle se place d'un point de vue politique, précisons même d'un point de vue d'opportunisme politique. Il apprécie soit les mesures de nécessité eu égard aux circonstances, soit l'attitude de l'organe qui les a édictées eu égard également aux circonstances (83). Ce sont donc les mêmes éléments d'appréciation qui inspirent les décisions finales de contrôle. On concevrait mal que l'organe de contrôle approuve toutes les mesures de nécessité et sanctionne politiquement leur auteur ou à l'inverse qu'il les désapprouve toutes sans mettre en jeu la responsabilité de celui qui les a édictées.

Le refus de ratifier un nombre assez élevé de mesures de nécessité peut certes également conduire en fait à une démission de l'organe de nécessité (84). Ce refus a beau n'être pas autre chose qu'une critique de l'activité passée du titulaire des pouvoirs de nécessité et ne pas signifier nécessairement un désir de l'organe de contrôle que ce titulaire se retire de la scène politique, des désaveus renouvelés de son œuvre équivalent pourtant pour cet organe à une manifestation de défiance ; il préférera la plupart du temps abandonner le pouvoir. Le garderait-il au surplus que sa position affaiblie le mettrait en difficulté pour continuer à diriger la politique du pays, même dans des conditions constitutionnelles normales. En revanche, l'ex-organe de nécessité dont l'œuvre a été intégralement approuvée restera bien souvent au pouvoir parce que la majorité le souhaite à peu près certainement ; et il y jouira d'une très grande autorité.

Le contrôle politique sur la personne du titulaire des pouvoirs de nécessité garde pourtant toute son utilité car lui seul permet d'éviter un double risque qu'un contrôle exclusivement limité aux mesures de nécessité ferait courir à l'avenir de la démocratie dans l'Etat.

Il est difficile de déterminer le seuil au-delà duquel un nouveau refus de ratification serait considéré par l'organe de nécessité comme une manifestation de défiance et provoquerait sa démission. Son appréciation sur ce point peut ne pas coïncider avec celle des organes chargés du contrôle ; il est à craindre qu'il ne se retire à cause d'une blessure d'amour-propre, alors que quelques-unes seulement des mesures de nécessité sont critiquées sans que l'ensemble de son œuvre soit mise en cause. Le danger serait alors qu'un organe de contrôle soit contraint de ratifier certaines mesures de nécessité de peur que l'organe de néces-

---

(83) Avec, remarquons-le, une grande part d'arbitraire et donc d'injustice : il faudrait que l'organe qui porte l'appréciation le fasse en se référant aux conditions dans lesquelles les mesures ont été prises et en faisant abstraction de leurs résultats effectifs dans la mesure où ceux-ci ne pouvaient pas être prévus par l'organe de nécessité. Or cette sorte d'état d'esprit est très difficile à avoir après coup.

(84) Dans la mesure où cet organe est un organe constitutionnel normal, ce qui est le cas très général.

sité ne se considère comme sanctionné. Des mesures de nécessité seraient ainsi validées alors que la majorité les désapprouverait, uniquement pour des considérations de personne. Cela reviendrait à introduire la question de confiance lors du contrôle sur les mesures de nécessité ; or nous avons montré les inconvénients d'une telle introduction (85).

Il se pourrait, à l'inverse, que l'organe de contrôle approuve l'action de l'organe de nécessité tout en estimant qu'il n'est plus qualifié dans l'avenir au moins immédiat pour continuer à diriger le pays (86). Son renvoi ne serait plus alors un contrôle de l'état de nécessité à proprement parler ; mais il ne serait pas sans liaison avec l'état de nécessité puisqu'il serait la conséquence d'un accroissement de prestige estimé dangereux pour l'Etat, lui-même conséquence de l'état de nécessité. Ce renvoi ne traduit parfois que la volonté de changer d'orientation politique ou de renouveler l'équipe dirigeante (87), mais c'est tout de même parce que le Parlement ou le peuple considère que l'organe de nécessité s'est « usé » au pouvoir pendant la crise.

La dissociation du contrôle politique sur les personnes et du contrôle politique sur les actes, ainsi que celle du contrôle pénal et du contrôle politique sont donc indispensables à une expression correcte de la volonté démocratique dans le contrôle de l'état de nécessité. Mais cette expression ne sera pleinement valable que si le contrôle politique sur le titulaire des pouvoirs de nécessité est organisé suivant des modalités démocratiques.

B. — *Les modalités du contrôle politique.*

Il n'est pas tellement facile de découvrir les modalités les plus judicieuses du contrôle politique sur le titulaire des pouvoirs de nécessité car il faut tenir compte de nombreux éléments dont la conjonction risque d'aboutir parfois à des résultats imprévus et préjudiciables au bon fonctionnement ultérieur des institutions. A ce stade de l'exercice de l'état de nécessité les préoccupations tendent à se tourner au moins autant, sinon plus, vers l'avenir que vers le passé. Il s'agit moins de réaliser un contrôle démocratique de l'état de nécessité que de remettre en marche la machine constitutionnelle de façon harmonieuse. Aussi faut-il tenir compte non seulement des exigences démocratiques à l'état de principe mais aussi des données concrètes de chaque système constitutionnel ou des réalités politiques. Il nous semble qu'on peut essayer de synthétiser les modalités du contrôle politique en fonction

---

(85) Ci-dessus, p. 382.

(86) Cas des élections britanniques de 1945 qui n'étaient pas une sanction pour Churchill et les conservateurs.

(87) Peut-être précisément à cause de son entreprise de salut public qui, en accroissant de façon excessive son prestige personnel, risque de déséquilibrer les pouvoirs constitutionnels et d'entraver le bon fonctionnement des institutions démocratiques.

de ces considérations autour de deux caractéristiques : ce contrôle doit être général et il doit être à dominante négative.

1. — Le contrôle politique doit pouvoir fonctionner à l'encontre de tout organe de nécessité puisque son caractère indispensable est inhérent à la nature des choses et donc valable dans toutes les hypothèses. Mais cela va poser un problème pratique d'articulation de ce contrôle avec le régime politique normalement en vigueur dans l'Etat. Deux obstacles peuvent se rencontrer, parfois se cumuler : l'un tient au type de rapports entre les pouvoirs publics retenu, l'autre au type de démocratie adopté, par les textes constitutionnels. Ces obstacles n'ont rien d'insurmontable mais ils sont psychologiquement d'un grand poids et seul le temps et la persuasion pourront les éliminer.

Un contrôle politique exercé sur le titulaire des pouvoirs de nécessité par l'organe parlementaire est facile à mettre en œuvre lorsqu'on est en régime d'assemblée ou en régime parlementaire et que le titulaire des pouvoirs de nécessité est l'organe exécutif dans le premier cas, le Gouvernement ou son chef dans le second. Il suffit de faire jouer les règles normales applicables dans ces Etats (88). L'organe de nécessité qui n'a pas ou qui n'a plus la confiance d'organes plus représentatifs peut être sanctionné par l'utilisation d'un des rouages constitutionnels sans qu'il soit besoin d'une disposition spéciale au contrôle de l'état de nécessité. Lorsque de telles dispositions existent (89), elles ne font que formuler expressément une règle qui va de soi et dont l'existence serait indiscutable même dans le silence du texte.

Mais le contrôle politique sur l'organe de nécessité n'est pas possible en régime présidentiel ou en régime parlementaire lorsque les pouvoirs de nécessité sont exercés sans contreseing par le chef de l'Etat, s'il n'est pas spécialement prévu par un texte. Or ces situations sont parfaitement concevables : mieux, elles existent.

Cette lacune, très regrettable dans un régime présidentiel — nous

---

(88) En régime d'assemblée, l'assemblée mettra fin purement et simplement à la délégation permanente qu'elle consent au collège exécutif. C'est de cette façon que la Convention a résorbé petit à petit les comités qui avaient exercé une véritable dictature au moment de la Terreur.

En régime parlementaire, le Parlement ou tout au moins celle de ses chambres qui en a le pouvoir mettra en jeu la responsabilité du Gouvernement par le dépôt et le vote d'une motion de censure. Le seul problème qui se poserait serait de savoir si l'organe gouvernemental pourrait riposter par la dissolution de l'assemblée ; on peut semble-t-il répondre par l'affirmative : le contrôle parlementaire de l'état de nécessité est pour ainsi dire terminé à ce moment et la dissolution peut jouer le rôle d'un contrôle populaire.

(89) Comme dans la constitution italienne de 1948 (art. 77 : « Lorsque dans les cas extraordinaires de nécessité et d'urgence, le Gouvernement adopte, *sous sa responsabilité*, des mesures... »). La constitution autrichienne de 1867 prévoyait de même : « Il pourra être pourvu (à la nécessité) *sous la responsabilité collective du ministère...* » « Le ministère est tenu, *sous sa responsabilité collective*, de retirer ces ordonnances dès que... » (art. 14). Enfin la constitution bulgare de 1879 édictait elle aussi : « Le Roi... *sous la responsabilité collective du Conseil* des Ministres... » (art. 47).

pensons essentiellement aux Etats-Unis — n'y est cependant pas catastrophique ; la relative brièveté du mandat présidentiel qui rend les électeurs juges du comportement du Président à une échéance tout de même assez proche peut jouer le rôle de substitut du contrôle politique (90).

Mais l'absence de contrôle politique est beaucoup plus grave dans un régime parlementaire où le chef de l'Etat est appelé à concentrer et à utiliser l'ensemble des pouvoirs constitutionnels sur sa seule décision. Le substitut américain à ce contrôle n'existe pas ; le chef de l'Etat n'est pas toujours élu, et lorsqu'il l'est ce n'est en général ni au suffrage direct (91) ni surtout pour une durée suffisamment brève. Une réforme du droit positif s'impose absolument ; la désignation du chef de l'Etat comme titulaire des pouvoirs de nécessité doit emporter automatiquement dérogation au principe de son irresponsabilité.

Une telle disposition est sans doute difficilement concevable quand le chef de l'Etat est un monarque héréditaire ; et c'est pourquoi il vaut mieux dans ce cas ne pas faire du monarque le titulaire effectif des pleins pouvoirs (92). Mais l'obstacle est moindre en République ; il n'y existe même que par suite d'une transposition intégrale des règles de la monarchie ; rien, sinon les difficultés psychologiques que l'on rencontre en heurtant des idées reçues, ne s'oppose à ce que le chef de l'Etat soit déclaré responsable lorsqu'il concentre spontanément tous les pouvoirs, et à ce qu'une procédure soit prévue pour mettre cette responsabilité en œuvre. On doit répondre à une situation exceptionnelle par une règle exceptionnelle.

La constitution autrichienne de 1920-1929 prend soin de proclamer dans son article 18 al. 3 la double responsabilité et du Gouvernement Fédéral (ce qui n'a rien d'extraordinaire) et du Président de la Fédération (ce qui est plus inhabituel) ; il ne s'agit pourtant que d'une technique de substitution. *A fortiori* faudrait-il reprendre cette disposition lorsqu'il s'agit de l'état de nécessité. C'est sans doute la plus grave critique que l'on ait à adresser à l'article 16 de la constitution française de 1958 que d'avoir maintenu l'irresponsabilité du Président de la République même à propos de l'exercice des pouvoirs exceptionnels. Il eût fallu l'écarter, ce qui aurait sans doute permis d'atténuer quelques-uns des abus qui se sont produits lors de l'application de cet article. Au lieu de cela, les parlementaires français ont été réduits à déposer une motion de censure contre le Gouvernement

(90) Cette lacune s'admet d'autre part dans la mesure où la constitution des Etats-Unis n'a pas reconnu l'état de nécessité.

(91) La constitution française de 1958, révisée en 1962, est une exception, d'ailleurs assez peu en harmonie avec l'esprit du régime parlementaire.

(92) Sur la différence de situation, du point de vue de la responsabilité et du contreseing qui la matérialise, entre une République et une monarchie parlementaire, Cf. les remarques du Professeur G. Berlia RDP 1959, p. 75.

qui ne participait pas à l'élaboration des décisions prises en vertu de l'article 16 (93).

Les constituants semblent avoir été empêchés de reconnaître la responsabilité du Président de la République d'abord par la tradition française de l'irresponsabilité présidentielle absolue qu'ils croyaient être dans la ligne du régime parlementaire et aussi par le caractère presque exclusivement représentatif de la démocratie française. Le contrôle politique sur le titulaire des pouvoirs de nécessité n'est vraiment démocratique que s'il est l'œuvre non seulement des organes parlementaires mais encore du peuple lui-même dans son stade ultime. Or un tel système se heurte aux préjugés de la démocratie représentative. On admettra sans trop de peine que le peuple puisse se prononcer lui-même sur le maintien au pouvoir de l'organe de nécessité dans un Etat qui pratique assez largement la démocratie semi-directe ; mais ce sera beaucoup moins facile dans un Etat où le peuple n'a d'autre mode de participation au pouvoir que l'élection de représentants. Il est possible là encore de faire appel à l'idée de moyen exceptionnel appliqué à une situation exceptionnelle, mais il est à craindre que l'on ne puisse pas aisément faire passer cette idée dans les mœurs.

2. — Les réticences à l'encontre d'un contrôle politique sur le titulaire des pouvoirs de nécessité exercé au double échelon parlementaire et populaire ont peut-être, à vrai dire, d'autres motifs plus sérieux que l'enracinement d'une tradition d'hostilité. Elles reposent sur la crainte que ce contrôle ne dégénère en plébiscite, surtout dans sa phase populaire, et qu'il ne réduise finalement la démocratie à un vague principe auquel l'Etat prétend demeurer fidèle mais dont il ne tire pas les conséquences institutionnelles. Cette crainte n'est pas sans fondement. Le contrôle de l'exercice de l'état de nécessité pourrait paradoxalement tuer la démocratie à force de vouloir être trop démocratique.

Un contrôle populaire exercé sans nuance sur le titulaire des pouvoirs de nécessité pourrait entraîner des conséquences désastreuses étant donné le risque de personnalisation excessive du pouvoir impliqué par le recours à l'état de nécessité. Un vote du Parlement approuvant l'ensemble de l'œuvre du titulaire des pouvoirs de nécessité et lui accordant pleine confiance renforce sans doute la position de celui qui en bénéficie, mais il n'entraîne pas nécessairement un déséquilibre dans la mesure où la confiance et le prestige dont jouit l'ex-organe de nécessité trouvent leur source dans la volonté de l'organe constitutionnel qui est précisément chargé de lui faire contrepoids. Il n'en est plus de même lorsque le titulaire des pouvoirs de nécessité bénéficie de l'approbation massive du corps électoral. Sa responsabilité politique

(93) Motion de censure au surplus déclarée irrecevable par le Président de l'Assemblée Nationale sans que le Conseil Constitutionnel n'ait pu — ou n'ait voulu — réagir. Cf. note Hamon sous l'arrêt du Conseil constitutionnel du 14 septembre 1961 (D. 1963, p. 17).

risque fort, en ce cas, de se rapprocher de celle que Napoléon III prétendait assumer devant le peuple français. Le plébiscite et l'appel au peuple ne sont pas loin, surtout si le résultat du contrôle populaire est favorable à l'organe de nécessité alors que celui du contrôle parlementaire ne l'était pas.

Comment alors accorder au peuple le rôle qui lui revient en démocratie sans tomber dans le césarisme ? La formule la meilleure semble être celle d'un contrôle politique négatif, c'est-à-dire d'un contrôle qui ne serait appelé à s'exercer effectivement que lorsqu'il tendrait à censurer le titulaire des pouvoirs de nécessité. C'est la technique que le droit constitutionnel connaît sous le nom de « recall » qui, de notre point de vue, apparaît préférable à celle du référendum-plébiscite. La mise en jeu du contrôle politique n'y serait pas automatique ; elle ne se produirait que sur l'initiative d'un nombre suffisant de citoyens qui poseraient la question de la sanction de l'organe de nécessité. Une réponse affirmative entraînerait la démission de cet organe. Le peuple ne se prononcerait que contre lui, jamais en sa faveur ; son silence serait une approbation mais qui aurait moins de poids qu'une manifestation explicite de confiance. Ce système éviterait d'autant mieux les abus que son maniement échapperait à l'organe de nécessité et à l'organe parlementaire de contrôle pour revenir au peuple lui-même. C'est en fin de compte par un surcroît de démocratie que l'on peut corriger les abus de la démocratie...

La démocratie ne se trouverait pas par là à l'abri de tout danger. Des manœuvres de l'organe de nécessité seraient toujours possibles, pour aboutir à faire rejeter la proposition de renvoi à une majorité écrasante et à consacrer ainsi son triomphe personnel. C'est malheureusement inéluctable, et l'on pourrait dès lors être tenté de nous reprocher de limiter nos ambitions à la recherche du moindre mal, sur ce point et peut-être dans tous nos développements antérieurs.

Est-ce à dire que notre tâche ait été décevante et vaine ? Nous nous devons de répondre à cette question en concluant notre étude.

CONCLUSION

Le résultat de notre recherche sur l'état de nécessité en démocratie s'avère-t-il finalement satisfaisant eu égard aux espoirs que l'évolution actuelle du droit constitutionnel et de la science politique en la matière avaient pu susciter sur cette question ? Sommes-nous en droit de prétendre avoir résolu le problème de l'intégration de l'état de nécessité dans un Etat démocratique ? La réponse peut à première vue sembler s'orienter vers la négative, et le bilan de notre étude paraître en définitive assez maigre. Mais un examen plus approfondi des enseignements qui résultent de la confrontation constante entre les exigences de l'idéal démocratique et les impératifs de la réalité politique fait ressortir la possibilité de dépasser cette première vision pessimiste ; les solutions que nous avons tenté d'esquisser peuvent apporter, croyons-nous, une contribution utile au progrès de la démocratie, ne serait-ce qu'en obligeant à reconsidérer l'optique dans laquelle on se place trop souvent pour la réaliser et parfois la juger.

1. — La conclusion qui se dégage tout naturellement de nos développements peut paraître décevante. Elle se trouve placée avant tout sous le signe du réalisme, et le réalisme ne saurait aller sans un certain relativisme. Or l'esprit humain aspire aux certitudes et tend toujours, plus ou moins consciemment, vers des affirmations définitives.

Nous avons certes assuré au maximum nos positions en partant d'une base solide : une définition précise de l'état de nécessité, une mise au point aussi nette que possible de la place occupée par l'état de nécessité en droit constitutionnel. Mais nous avons dû constater ensuite que la réception de l'état de nécessité en démocratie n'allait pas sans difficultés, qu'elle conduisait même à inclure une large part de contradiction. Que cette inclusion soit inévitable ne saurait empêcher un certain malaise de subsister. Le compromis de la théorie avec la pratique, voire l'effacement plus ou moins accentué de certains aspects essentiels de la théorie devant des impératifs purement contingents, ne peuvent manquer de causer une profonde irritation. Ils mettent en relief l'impuissance de l'homme devant la réalité sociale, lui laissant l'impression d'être déterminé par des événements sur lesquels il ne peut avoir aucune prise.

L'étude des conditions d'exercice de l'état de nécessité en démo-

cratie n'apporte guère d'apaisements à ce découragement. Quand s'étant résigné à l'inéluctable, le constitutionnaliste veut aménager l'exercice de l'état de nécessité afin de limiter la portée des contradictions que sa réception introduit en démocratie, il retrouve dans l'application le même heurt de l'idéal et du réel, la même opposition des exigences théoriques et des impératifs pratiques. Les règles concrètes semblent, elles aussi, résulter d'un compromis, donc d'un recul des principes, d'une atteinte à la pureté doctrinale. C'est à un équilibre, non à un absolu, que l'on aboutit, avec toute la part d'instabilité et de perpétuelle remise en cause que cela comporte.

La leçon de relativisme qui en résulte risque finalement de mener au scepticisme, scepticisme vis-à-vis des hommes au vu des expériences tragiques vécues par certains Etats démocratiques, scepticisme vis-à-vis des institutions au vu des échecs que les meilleures d'entre elles se sont avérées incapables d'éviter. La tentation devient forte alors de penser que la démocratie repose en définitive exclusivement sur l'homme, que son unique garantie réside dans la modération des gouvernants et la vigilance des gouvernés, qu'il dépend d'elles seules que l'état de nécessité sauve ou ruine l'Etat démocratique. Il ne resterait plus au constitutionnaliste qu'à s'effacer devant le moraliste, et les moralistes n'entretiennent guère d'illusions sur la valeur de la nature humaine...

2. — Mais précisément cette responsabilité fondamentale accordée à l'homme dans l'échec ou la réussite d'une institution peut être le point de départ d'une réflexion enrichissante et d'un espoir de progrès. Elle contredit directement ce sentiment d'impuissance qui semblait résulter des termes dans lesquels se posait le problème de la réception de l'état de nécessité en démocratie. En réintégrant l'homme dans les institutions, on lui accorde du même coup la possibilité de les comprendre, de les orienter, voire de les maîtriser.

Le relativisme lui-même devient un puissant aiguillon d'action. Aucune raison d'espérer n'existe tant que l'on persiste à poser la démocratie comme un absolu : trop d'exemples sont là pour prouver que cet absolu est hors de portée pour les sociétés humaines. Mais la démocratie devient accessible si l'on cesse d'y voir l'expression d'une idée purement théorique. Le progrès ne se conçoit que comme un dépassement perpétuel, un renouvellement constant. L'imperfection est donc en soi le gage d'un éventuel progrès. Toute étude qui contribue à une amélioration de l'état de choses existant peut, dans ces conditions, être utile à la démocratie. Il faut seulement limiter ses ambitions, et donc accepter un certain renoncement. Mais ce renoncement est fécond de par sa modestie car il permet d'agir efficacement.

« Le véritable homme démocratique », disait Jean Lacroix, « nous « est apparu modeste et relativiste : pour lui la préhistoire de l'huma- « nité subsiste toujours à l'intérieur de son histoire et le progrès imma- « nent ne saurait détruire tout mal. La violence est inéliminable des « rapports humains. Il n'y a pas plus d'humanité totalement philoso- « phique que d'individu entièrement philosophe. La démocratie est

« autrement complexe et difficile. Elle est aussi plus réaliste... La « démocratie n'est pas la philosophie. C'est seulement — et c'est déjà « beaucoup — un extraordinaire effort pour réaliser, lentement et « partiellement, la philosophie dans l'ordre politique, économique et « social. Pour ce faire elle ne nie ni ne détruit la violence, mais elle « l'utilise au contraire en s'efforçant de la retourner contre elle-même « et de la soumettre à la raison. » (1)

Ces lignes, transposées de la violence à l'état de nécessité, traduisent parfaitement la leçon profonde qui se dégage d'une étude de l'état de nécessité en démocratie. La prévision de l'état de nécessité dans les textes constitutionnels de l'Etat démocratique et l'organisation de ses conditions d'exercice n'ont pas en elles-mêmes de vertu magique. Il ne faut pas y voir la panacée universelle qui préserve à coup sûr la démocratie de tous les dangers qui la guettent. La démocratie ne s'est pas instaurée sans luttes, parfois violentes ; elle ne se maintiendra pas non plus sans combat. Elle n'est jamais acquise complètement, il faut sans cesse travailler à la conquérir. Mais la reconnaissance de l'état de nécessité et une réglementation judicieuse de son exercice peuvent constituer un atout précieux dans cette tâche.

La réception de l'état de nécessité, bien loin d'équivaloir à une capitulation de la démocratie devant les contraintes de la politique, traduit au contraire la conviction démocratique des citoyens, qui s'exprime non plus dans un élan de jeunesse enthousiaste, idéaliste et un peu utopique, mais dans le fruit d'une maturité politique patiemment acquise. La recherche obstinée des conditions d'exercice de l'état de nécessité prolonge cette expression, et en même temps la renforce. La foi des citoyens dans la démocratie s'en trouvera affermie, leur sagesse politique développée. Il serait vain d'en attendre davantage, mais c'est déjà beaucoup de pouvoir en attendre cela. La démocratie n'aura plus rien à craindre de l'état de nécessité si cet objectif est atteint.

---

(1) « L'homme démocratique » Cours prononcé à la 50e Semaine Sociale de France. Caen 1963 (« La société démocratique », éd. de la Chronique Sociale de France, p. 66).

VU
Le Président de la Thèse
G. MORANGE

VU
Le Doyen
H. LEMONNIER

VU et permis d'imprimer
CAEN, le 15 février 1964

LE RECTEUR,
Président du Conseil de l'Université,

Y. MARTIN

ELEMENTS DE BIBLIOGRAPHIE

I. — *Ouvrages généraux de droit constitutionnel.*

J. Barthelemy et P. Duez : *Traité de droit constitutionnel,* 1933.

G. Burdeau : *Traité de science politique,* 1949-1957.

R. Carré de Malberg : Contribution à la théorie générale de l'Etat, 1920.

H. Deslandes : Histoire constitutionnelle de la France, Paris, 1932.

L. Duguit : *Traité de droit constitutionnel,* 3e édition.

M. Duverger : *Droit constitutionnel et institutions politiques,* 6e édition, 1962.

A. Esmein : *Eléments de droit constitutionnel français et comparé,* 8e édition, revue par H. Nezard.

C. J. Friedrich : *La démocratie constitutionnelle,* Paris, 1958.

M. Hauriou : *Précis de droit constitutionnel,* 2e édition 1929.

H. Kelsen : Allgemeine Staatslehre, 1925.
— : La démocratie, Paris, 1932.

J. Lafferrière : *Manuel de droit constitutionnel,* Paris, 1947.

R. Pinto : *Eléments de droit constitutionnel,* 2e édition, Lille, 1952.

M. Prelot : *Institutions politiques et droit constitutionnel,* 2e édition, 1961.

G. Vedel : *Manuel élémentaire de droit constitutionnel,* Paris, 1949.
— : *Droit constitutionnel et institutions politiques.* Cours Polycopié, 1960-1961.

II. — *Textes et Documents.*

Dareste : Les constitutions modernes, 1928-1934.

L. Duguit, H. Monnier, R. Bonnard : Les constitutions et les principales lois politiques de la France depuis 1789, 7e édition, par G. Berlia.

M. Duverger : Constitutions et documents politiques.

J.-E. Godchot : Les constitutions du Proche et du Moyen-Orient, Sirey, 1957.

P.-F. Gonidec : Les constitutions des Etats de la Communauté, Sirey, 1959.

D.-G. Lavroff et G. Peiser : Les constitutions africaines, Pedone, 1961.

B. Mirkine-Guetzevitch : Les constitutions européennes, 1951.

Informations constitutionnelles et parlementaires.

L'année politique.

La Documentation française. Notes et études documentaires.

Le Monde.

Revue du droit public et de la science politique (R.D.P.).

Revue française de science politique (*Rev. Fr. Sc. pol.*).

III. — *Thèses, monographies, articles de revues.*

A. — *Ouvrages et articles de portée générale.*

F. Castberg : *Le droit de nécessité en droit constitutionnel* in *Mélanges*, Gidel, pp. 105-126.

A. Cavaglieri : Lo stato di necessità nel diritto internazionale. *Rivista Italiana di Scienze Giuridiche*, novembre 1917.

Baron E. Descamps : *Le droit international et la thèse de la nécessité*. Bruxelles, 1919.

J. Favre : *Le droit de nécessité de l'Etat*. Thèse Lausanne, 1937.

G. Flor : La question du droit d'exception et de la nécessité étatique. Juristische Rundschau, 1954, p. 125.

G. Flor : Staatnotstand und rechtliche Bindung.
Deustche Verwaltungsblatt, 1958, p. 149.

H.-E. Folz : Staatnotstand und Notstandsrecht.

Glaser : Quelques remarques sur l'état de nécessité en droit international. *Revue de droit pénal et de criminologie*, 1952.

J. Heckel : Diktatur, Notverordnungsrecht, Verfassungsnotstand mit besonderer Rücksicht auf das Budgetrecht.
Archiv des öffentlichen Rechts, 1932, p. 257.

F. Heiliger : Der Staatsnotstand als Beispiel politischer Strafrechtswissenschaft. Leipzig, Weicher 1935.
Leipziger Rechtswissenschaftliche Studien.

Konrad Hesse : Ausnahmezustand und Grundgezetz.
Die Offentliche Verwaltung 1955 p. 741.

F. von der Heydte : Staatnotstand und Gezereisgebungsnotstand. Verfassung und Verwaltung in Theorie und Wirklichkeit Festschrift für W. Laforet, 1952, p. 59.

R. Hoerni : De l'état de nécessité en droit public fédéral suisse. *Etude juridique sur les pleins pouvoirs. Thèse* Genève, 1917.

H. de Hoon : De l'état de nécessité en droit pénal et civil. *Extrait de la Revue de droit belge*, Bruxelles, 1911.

G. Jeze : L'exécutif en temps de guerre : les pleins pouvoirs. R.D.P. 1917, p. 5.
— : Compte rendu critique de l'ouvrage de R. Hoerni. R.D.P. 1917, p. 540.

Munci Kapani : Les pouvoirs extraordinaires de l'exécutif en temps de guerre et de crise nationale. *Thèse* Genève, 1949.

P. Lallement : L'état de nécessité en matière civile, Paris, 1922.

J. Lamarque : La théorie de la nécessité et l'article 16 de la constitution de 1958. R.D.P. 1961, p. 558.

J. Laporte : L'idée de nécessité.

A. Mathiot : La théorie des circonstances exceptionnelles *in* « L'évolution du droit public », études offertes à A. Mestre. Paris, 1956, p. 413.

L. Nizard : Les circonstances exceptionnelles dans la jurisprudence administrative, Paris, 1962.

J. Raiciu : Légalité et nécessité. *Thèse*, Paris, 1933.

B.-C. Rodick : The doctrine of necessity in international law. New York, Columbia University Press 1928.

R. Savatier : L'état de nécessité et la responsabilité civile extracontractuelle, in *Etudes de droit civil* à la mémoire de H. Capitant, 1939, p. 729-752.

Carl Schmitt : Die Diktatur, 2e édition 1928.

E. Tawfite-Hazan : L'état de nécessité en droit pénal interétatique et international. *Thèse* préfacée par H. Donnedieu de Vabres.

G.-R. Töndury : Der Begriff des Notstandes im Staatsrecht. Zurich Juris Verlag 1947. *Thèse* Zurich.

Ch. de Visscher : Les lois de la guerre et la théorie de la nécessité, R.G.D.I.P. 1917, p. 74.

H. Weber : Die bürgerliche Lehre vom « Notstand » als Mittel zur Rechtfertigung des imperialistischen Terrors. Berlin, 1953, Kleine Schriftenreiche d. deutschen Instituts für Rechtswissenschaft IV.

« Das staatsnotrecht in Belgien, Frankreich, Grossbritannien, Italien, der Niederlanden, der Schweiz und der Vereinigten Staaten von Amerika ». Cologne. Berlin, 1955.

« L'état de nécessité à l'étranger » Publication du Gouvernement Fédéral allemand, annexé au rapport sur le projet d'amendement à la constitution de Bonn. 1960.

B. — *France.*

J. Barthelemy : *Le droit public en temps de guerre. Notes de droit public.*
R.D.P. 1915 pp. 134, 310 et 545.
R.D.P. 1916 pp. 72 et 552.
R.D.P. 1917 p. 546.

G. Berlia : Le Président de la République dans la constitution de 1958. R.D.P., 1959, p. 71.

G. Berlia : L'application de l'article 16 de la constitution de 1958 et les rapports entre le Parlement et le Gouvernement. R.D.P., 1961, p. 1029.

G. Berlia : Le contrôle du recours à l'article 16 et de son application. R.D.P., 1962, p. 288.

F. Borella : Le projet de constitution. *Esprit,* septembre 1958, p. 258.

R. Bourdoncle : Note de jurisprudence sous l'arrêt Rubin de Servens. C.E., 2 mars 1962. S. 1962, p. 147.

G. Burdeau : La conception du pouvoir selon la constitution française du 4 octobre 1958. *Rev. Fr. Sc. pol.,* 1959, p. 87.

B.-A. Chapuis, H. Frenay et autres, *La Nef,* numéro spécial, septembre 1958.

J. Chatelain : La nouvelle constitution et le régime politique de la France.

R.-M. Chevallier : L'article 16 de la constitution française. Mythe et réalité. Zeitschrift für Ausländisches Offentliches.
Recht und Völkerrecht, mars 1962, p. 212.

Commentaires sur la constitution de 1958, Notes et Etudes documentaires du 11 avril 1959, n° 2530.

P. Coutant : Statuts militaires et article 16. *Revue administrative,* 1961, p. 410.

M. Debré : La nouvelle constitution. Discours de présentation prononcé le 27 août 1958 à l'Assemblée Générale du Conseil d'Etat. *Rev. Fr. Sc. pol.,* 1959, p. 7.

M. Duverger : Les institutions de la Cinquième République. *Rev. Fr. Sc. pol.,* 1959, p. 101.

M. Duverger : L'article 16 et ses limites. *Le Monde* du 5 mai 1961.

J. Fauvet : Le Parlement peut-il discuter de l'article 16 ? *Le Monde* du 12 mai 1961.

F. Goguel : L'élaboration des institutions de la République dans la constitution du 4 octobre 1958. *Rev. Fr. Sc. pol.,* 1959, p. 67.

A. Grosser : L'article 16. *La Croix,* du 13 mai 1961.

L. Hamon : A propos de l'article 16, quelques questions juridiques. *Actualité juridique, éd. droit administratif,* 1961, p. 663.

L. Hamon : Note de jurisprudence sous l'arrêt du Conseil Constitutionnel du 14 septembre 1961. D. 1963, p. 17.

L. Hamon et J.-M. Cotteret : *Vie et droit parlementaires.* Les pleins pouvoirs. R.D.P., 1960, p. 653.

L. Hamon et C. Emeri : *Vie et droit parlementaires.* Le Parlement et la mise en œuvre de l'article 16. R.D.P., 1961, p. 1016.

M. Hauriou : Note de jurisprudence sous l'arrêt Heyriès. C.E., 28 juin 1918. S. 1922.3.49.

J.-F. Henry : Conclusions sur l'arrêt Rubin de Servens. C.E., 2 mars 1962. R.D.P., 1962, p. 294 et J.C.P., 1962, j. N° 12.613.

P.-H. : Note de jurisprudence sous l'arrêt Dame Vve Goguet, C.E., 3 mai 1946. S. 1947.3.38.

G. Jeze : Note de jurisprudence sous l'arrêt Verrier. C.E., 30 juillet 1915. R.D.P., 1915, p. 479.

G. Jeze : Note de jurisprudence sous les arrêts Delmotte et Senmartin. C.E., 6 août 1915. R.D.P., 1915, p. 700.

J. Lamarque : La théorie de la nécessité et l'article 16 de la constitution de 1958, article précité. R.D.P., 1961, p. 558.

J. Lamarque : Légalité constitutionnelle et contrôle juridictionnel des actes pris en vertu de l'article 16. J.C.P., 1962, d. n° 1711.

J. Legaret : L'article 16. *La Revue des Deux-Mondes,* 1er juin 1961.

A. Mestre : Note de jurisprudence sous l'arrêt Alexis et Wolff. C.E., 7 novembre 1947. J.C.P., 1947, j. n° 4006.

G. Morange : Le contrôle des décisions prises au titre de l'article 16. D. 1962, chron. XVIII, p. 109.

R. Pinto : L'article 16 et la réforme de la constitution. *Le Monde* du 25 mai 1961, p. 6.

M. Prelot : Pour comprendre la nouvelle constitution.

J.-L. Quermonne : L'article 16 et la défense de la République. *Revue de l'Action populaire,* juin 1961, p. 701.

La Revue des Deux-Mondes : Après le oui, 15 octobre 1958.

J. Rivero : Regards sur les institutions de la Cinquième République. D. 1958, chron. XXVII, p. 259.

J. Roche : En France : Le mirage de la réforme constitutionnelle. Politique (*Revue internationale des doctrines et des institutions*), 1961, p. 271.

L. Salleron : La réforme constitutionnelle. *La Revue des Deux-Mondes,* 1er septembre 1958.

V. Silvera : Les mesures d'application de l'article 16 de la constitution dans le domaine de la fonction publique. *Revue administrative,* 1961, p. 639.

Travaux préparatoires de la constitution française de 1958 — Avis et débats du Comité Consultatif Constitutionnel.

G. Vedel : *Droit administratif,* 2e édition, 1961.

N. Wahl : Aux origines de la nouvelle constitution. *Rev. Fr. Sc. Pol.,* 1959, p. 30.

C. — *Etranger*

Sir Amos : The English Constitution, 1930.

R. Anson : *Loi et pratique constitutionnelles de l'Angleterre,* 1903.

A. Dicey : *Introduction à l'étude du droit constitutionnel,* Paris, 1902.

John Eaves Jr. : Emergency powers and the Parliamentary watchdog (Parliament and the executive in Great Britain 1939-1951). London, The Hansard Society for Parliamentary Government, 1957.

P.-M. Gaudemet : Les pouvoirs de crise en Angleterre, 1939-1946. R.D.P., 1946, p. 442.

A. Gervais : Supplies and services Acts. R.D.P., 1948, p. 45.

D.-C. Holland M.-A. : Emergency legislation in the Commonwealth. *Current legal problems* 1960, p. 148 (London).

G. Jeze : La liberté individuelle en Angleterre en temps de guerre. Etude critique de l'arrêt de la High Court of Justice du 20 janvier 1916 et de la Court of Appeal du 9 février 1916 dans l'affaire Zadig. R.D.P., 1916, p. 123.

G. Jeze : L'exécutif en temps de guerre : les pleins pouvoirs en Angleterre. R.D.P., 1917, pp. 14, 433 et 553.

M. Lefebure : Le pouvoir d'action unilatérale de l'administration en droit anglais et français, Paris 1961.

A. Todd : Le Gouvernement parlementaire en Angleterre, Paris 1900.

G.-W. Garner : Le pouvoir exécutif en temps de guerre aux Etats-Unis. R.D.P., 1918, p. 1.

Ch. E. Hughes : La constitution américaine et la guerre. R.D.P., 1917, p. 595.

B. Schwartz : American constitutional law, Cambridge, 1955.

A. Tunc : Les pouvoirs du Président des Etats-Unis et l'arrêt de la Cour Suprême relatif à la saisie des Aciéries. *Revue internationale de droit comparé*, 1952, p. 739.

G. Auschutz et R. Thoma : Handbuch des Deutsches Staatsrechtes, 1930.

Carré de Malberg : La question de la délégation de la puissance législative et les rapports entre la loi et l'ordonnance dans la constitution de Weimar. *Bulletin mensuel de législation comparée*, juillet-septembre 1923.

Grau : Die Diktatur des Reichspräsidenten, 1922.

— : Diktaturgewalt und Reichsverfassung. Festchrift für E. Seckel, 1927.

— : Die Diktaturgewalt des Reichspräsidenten, in Handbuch des Deutsches Staatsrechts de Anschutz et Thoma. T. II, p. 274.

H. Peter : article paru dans Verwaltungarchiv, 1928, p. 375.

Thoma : Die Notstandverordnung des Reichspräsidenten, Zeitschrift des öffentlichen Rechts, 1931, p. 12.

E. Vermeil : La constitution de Weimar et le principe de la démocratie allemande, Strasbourg, 1923.

A. Voigt : Ungeschriebenes Verfassungsrecht. Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer. Tome 10, 1952 (Berlin).

Die Diktatur des Reichspräsidenten nach Artikel 48 des Reichverfassung Archiv. des öffentlicher Rechts, 1924, p. 89.

M. Battelli : Quelques aspects de la nouvelle constitution italienne, Genève, 1948.

La constitution italienne de 1948. Recueil d'études sous la direction de E. Crosa. *Cahier de la Fondation Nationale des Sciences politiques*, n° 18, Paris, 1950.

G. Jeze : L'exécutif en temps de guerre : les pleins pouvoirs en Italie. R.D.P., 1917, p. 209.

I. Tambaro : Les décrets-lois en Italie. R.D.P., 1922, p. 584.

S. Trentin : Les transformations récentes du droit public italien, 1929.

M. Battelli : Les pleins pouvoirs en Suisse. R.D.P., 1950, p. 124.

R. Hoerni : De l'état de nécessité en droit public fédéral suisse. Etude juridique sur les pleins pouvoirs. *Thèse précitée*, Genève, 1917.

G. Jeze : L'exécutif en temps de guerre. Les pleins pouvoirs en Suisse. R.D.P., 1917, pp. 224 et 404.

KURT REBERT : Das Notrecht des Staates. Die Schweizerische Verfassungspraxis Notrecht und Verfassungsrecht. Die gesetzgebungspolitische Aufgabe. Zurich (Polygr. Verlag) 1938. *Thèse*, Berne.

Note de droit public. Les pleins pouvoirs en Suisse. R.D.P., 1919, p. 441.

G. VLACHOS : Les décrets législatifs et la loi formelle en droit constitutionnel hellénique. R.D.P., 1960, p. 233.

TABLE DES MATIERES

INTRODUCTION 9

Section I. — Recherche d'une définition de l'état de nécessité en droit constitutionnel 14

§ 1. — L'état de nécessité dans les diverses disciplines juridiques 15

A. — L'élément objectif 15

B. — L'élément subjectif 18

§ 2. — Transposition en droit constitutionnel 21

A. — La détermination des éléments de base 21

B. — La définition spécifique de l'état de nécessité en droit constitutionnel 24

Section II. — La place occupée par l'état de nécessité en droit constitutionnel 26

§ 1. — L'introduction de l'état de nécessité en droit constitutionnel 26

A. — Le caractère tardif de l'introduction de l'état de nécessité en droit constitutionnel 27

B. — L'explication de l'introduction tardive de l'état de nécessité en droit constitutionnel 28

§ 2. — La réticence du droit constitutionnel envers l'état de nécessité 31

A. — Le caractère imparfait du droit constitutionnel. 32

B. — Le caractère réactionnaire des premières utilisations de l'état de nécessité 33

PREMIÈRE PARTIE. — *LA RECEPTION DE L'ETAT DE NECESSITE EN DEMOCRATIE* 39

TITRE I. — *L'hostilité de la tradition démocratique à toute réception de l'état de nécessité* 41

CHAPITRE PREMIER. — Les causes de l'hostilité 43

Section I. — Le recours à l'état de nécessité est incompatible avec la logique démocratique 44
§ 1. — L'expression doctrinale de l'incompatibilité 44
A. — Les refus doctrinaux 45
B. — L'explication des refus doctrinaux 50
C. — La signification des silences doctrinaux 53
§ 2. — L'expression jurisprudentielle de l'incompatibilité 55
A. — La jurisprudence américaine 56
B. — La jurisprudence anglaise 59
C. — La jurisprudence française 62

Section II. — Le recours à l'état de nécessité peut être dangereux pour l'avenir de la démocratie 64
§ 1. — Le risque d'un abus du recours à l'état de nécessité 65
A. — Les facteurs qui favorisent le recours abusif à l'état de nécessité en démocratie 65
B. — Les exemples d'abus du recours à l'état de nécessité 69
§ 2. — Le risque d'une personnalisation excessive du pouvoir 72

CHAPITRE II. — Les conséquences de l'hostilité 79

Section I. — Les conséquences de l'hostilité latente : les dispositions permanentes 82
§ 1. — Les législations de crise 83
A. — Conditions d'application des législations de crise. 83
B. — Effets de l'application des législations de crise. 87
§ 2. — Les procédures législatives simplifiées 91
A. — Les procédures d'urgence 91
B. — La suppression provisoire du bicaméralisme .. 93
C. — La législation provisoire par commission 97

Section II. — Les conséquences d'une hostilité renforcée : les dispositions de circonstances 101
§ 1. — Etat de nécessité et fondement des lois de pleins pouvoirs 102
A. — Le fondement politique 103
B. — Le fondement juridique 105
§ 2. — Etat de nécessité et effets des lois de pleins pouvoirs. 106
A. — Les lois de pleins pouvoirs à objectifs spécialisés 107
B. — Les lois de pleins pouvoirs générales 109

TITRE II. — *Le caractère inéluctable de la réception de l'état de nécessité en démocratie* 115

CHAPITRE PREMIER. — Les causes du caractère inéluctable du recours à l'état de nécessité en démocratie 117

Section I. — Le recours à l'état de nécessité en démocratie purement représentative 118

Sous-Section I. — L'influence des facteurs juridiques sur le caractère inéluctable du recours à l'état de nécessité en démocratie purement représentative 119

§ 1. — Influence du contenu de la constitution 120

A. — La forme de l'Etat 120

B. — Le régime politique 125

§ 2. — L'influence du caractère de la constitution 128

A. — Les constitutions rigides 130

B. — Les constitutions souples 132

Sous-Section II. — L'influence des facteurs extra-juridiques sur le caractère inéluctable du recours à l'état de nécessité en démocratie purement représentative 134

§ 1. — L'influence des partis politiques 134

A. — Le nombre des partis politiques 135

B. — La structure des partis politiques 139

C. — L'idéologie des partis 141

§ 2. — L'influence de l'infrastructure sociale et économique 143

A. — Le tempérament national 143

B. — La philosophie dominante du droit 147

C. — Le degré de développement économique 148

D. — L'existence de groupes de pression 151

Section II. — Le recours à l'état de nécessité en démocratie semi-directe 153

§ 1. — Les raisons de l'accroissement du caractère inéluctable du recours à l'état de nécessité en démocratie semi-directe 155

A. — Les différents procédés de démocratie semi-directe et le recours à l'état de nécessité 155

B. — Le domaine de la démocratie semi-directe et le recours à l'état de nécessité. 159

§ 2. — L'état de nécessité et la constitution française de 1793 161

A. — Le texte constitutionnel 161

B. — Le Gouvernement Révolutionnaire 164
§ 3. — L'état de nécessité et la constitution suisse 168
A. — Le recours à l'état de nécessité pendant la première guerre mondiale 168
B. — Le recours à l'état de nécessité pendant la seconde guerre mondiale 172

CHAPITRE II. — Les conséquences du caractère inéluctable de l'état de nécessité en démocratie 175

Section I. — La réception de l'état de nécessité par la théorie démocratique 176
§ 1. — La réception de l'état de nécessité par la doctrine. 176
A. — L'état de nécessité source inconditionnelle de droit 177
B. — L'état de nécessité source conditionnelle de droit. 182
§ 2. — La réception de l'état de nécessité par la jurisprudence 185
A. — Les jurisprudences nationales favorables à la réception de l'état de nécessité 186
B. — Signification et portée de la réception de l'état de nécessité par la jurisprudence 190

Section II. — La prévision de l'état de nécessité dans les textes constitutionnels 192
§ 1. — Les objections formulées contre une prévision constitutionnelle de l'état de nécessité 193
A. — L'inutilité de toute prévision constitutionnelle. 193
B. — L'aggravation des dangers que l'état de nécessité fait courir à l'avenir de la démocratie .. 197
§ 2. — Les avantages d'une prévision constitutionnelle de l'état de nécessité 202
A. — La prévision constitutionnelle de l'état de nécessité contribue à clarifier la situation 203
B. — La prévision constitutionnelle de l'état de nécessité permet de prendre le maximum de précautions contre les abus 205

DEUXIÈME PARTIE. — *LES CONDITIONS D'EXERCICE DE L'ETAT DE NECESSITE EN DEMOCRATIE.* 207

TITRE I. — *Le déclenchement autoritaire de l'état de nécessité* .. 209

CHAPITRE PREMIER. — La détermination du titulaire des pouvoirs de nécessité 211

Section I. — La possibilité théorique d'attribuer les pouvoirs de nécessité à un organe quelconque 212

§ 1. — L'attribution des pouvoirs de nécessité à un organe de type législatif 212

A. — Les facteurs qui tendent à l'attribution des pouvoirs de nécessité à un organe de type législatif 213

B. — Les aménagements imposés par les circonstances à l'organe législatif titulaire des pouvoirs de nécessité 214

§ 2. — L'attribution des pouvoirs de nécessité à un organe de type exécutif 216

A. — Les raisons de l'attribution des pouvoirs de nécessité à un organe exécutif 217

B. — La pratique de l'attribution des pouvoirs de nécessité à un organe exécutif 219

§ 3. — L'attribution des pouvoirs de nécessité à un pouvoir de fait 220

Section II. — Les modalités d'attributions des pouvoirs de nécessité à un organe exécutif 224

§ 1. — Le choix entre un exécutif monocratique et un exécutif collégial 224

A. — Le choix est commandé en principe par la structure constitutionnelle 225

B. — Les mérites respectifs des diverses solutions du point de vue de l'état de nécessité 227

§ 2. — Les conditions particulières du choix en régime parlementaire 229

A. — Chef de l'Etat ou organe gouvernemental ? .. 230

B. — Chef de Gouvernement seul ou Gouvernement dans son ensemble ? 237

CHAPITRE II. — Les conditions d'entrée en vigueur de l'état de nécessité 243

Section I. — Les conditions de fond 244

§ 1. — L'existence d'une menace contre l'Etat démocratique 244

A. — Nature de la menace 245

B. — L'objet de la menace 249

§ 2. — L'impossibilité de faire face à la menace par le jeu normal des institutions constitutionnelles 252

A. — Le rejet des conditions proposées 253

B. — L'optique à retenir 256

Section II. — Les conditions de forme 259

§ 1. — Exclusion de toute condition subordonnant le déclenchement de l'état de nécessité à l'autorisation préalable d'un autre organe constitutionnel 260

A. — Exclusion de tout avis conforme 260

B. — Le cas du chef d'Etat parlementaire agissant avec contreseing 263

§ 2. — Limites à l'insertion de toutes autres conditions de forme 265

A. — Le rejet pratique de tout avis consultatif 266

B. — Les conditions de forme à maintenir 269

TITRE II. — *La concentration et l'utilisation discrétionnaires des pouvoirs de nécessité* 273

CHAPITRE PREMIER. — L'absence de liaison directe relative à l'objet des mesures de nécessité 275

Section I. — L'exercice de la fonction exécutive par le titulaire des pouvoirs de nécessité 276

Section II. — L'exercice de la fonction législative par le titulaire des pouvoirs de nécessité 279

A. — Les limitations proposées 280

B. — Valeur des limitations proposées 284

Section III. — La suspension éventuelle de certaines dispositions constitutionnelles par le titulaire des pouvoirs de nécessité 287

§ 1. — Le principe de la suspension 288

A. — La thèse de l'intangibilité absolue de la constitution 288

B. — La distinction fondamentale 292

§ 2. — Les modalités de la suspension 294

A. — Le rejet des limitations édictées par le droit positif. 296

B. — Le rejet des limitations proposées par la doctrine 299

CHAPITRE II. — L'existence d'une liaison relative au but des mesures de nécessité 303

Section I. — La reconnaissance d'un domaine réservé 304

§ 1. — La révision totale ou partielle de la constitution. 305

A. — Le principe 305

B. — L'application du principe 307
§ 2. — L'organisation et le fonctionnement du pouvoir judiciaire 311
A. — L'interdiction d'édicter des mesures de nécessité touchant à l'organisation et au fonctionnement du pouvoir judiciaire ne peut pas nuire à la sauvegarde de l'Etat démocratique 311
B. — L'édiction de mesures de nécessité touchant à l'organisation et au fonctionnement du pouvoir judiciaire ne constitue jamais une garantie démocratique 313
Section II. — La limitation dans le temps 316
§ 1. — La limitation de la durée des pouvoirs de nécessité. 316
A. — L'impossibilité d'une garantie automatique .. 317
B. — La garantie par le but 319
§ 2. — La limitation de la durée d'application des mesures de nécessité 323
A. — Les solutions à rejeter 324
B. — Les solutions applicables. 327
TITRE III. — *Le contrôle démocratique de l'état de nécessité* 333
CHAPITRE PREMIER. — L'organe chargé du contrôle 337
Section I. — Le rôle restreint du contrôle par un organe juridictionnel 338
§ 1. — Le contrôle juridictionnel ne saurait jouer le rôle principal 339
§ 2. — L'organe juridictionnel peut exercer un contrôle à titre partiel 345
A. — Domaine du contrôle juridictionnel 346
B. — Portée du contrôle juridictionnel 350
Section II. — Le rôle essentiel du contrôle par des organes politiques 352
§ 1. — Première étape : le contrôle parlementaire 353
A. — La nécessité d'un contrôle parlementaire 354
B. — Les garanties du contrôle parlementaire 357
§ 2. — Deuxième étape : le contrôle par le peuple 361
A. — La nécessité de faire du peuple un organe de contrôle de l'état de nécessité 362
B. — Les moyens de faire du peuple un organe de contrôle de l'état de nécessité 366

CHAPITRE II. — L'étendue du contrôle 371

Section I. — Le contrôle sur les mesures de nécessité 372

§ 1. — Les conditions du contrôle sur les mesures de nécessité. 373

A. — Les garanties de soumission à la volonté parlementaire 373

B. — Les garanties d'expression de la volonté parlementaire 378

§ 2. — Les effets du contrôle sur les mesures de nécessité. 383

A. — Effets déterminés par la ratification parlementaire elle-même 384

B. — Hypothèse d'une absence de ratification 389

Section II. — Le contrôle sur le titulaire des pouvoirs de nécessité 393

§ 1. — Le contrôle pénal sur le titulaire des pouvoirs de nécessité 395

A. — Conditions de mise en jeu du contrôle pénal. 396

B. — Effets du contrôle pénal 398

§ 2. — Le contrôle politique sur le titulaire des pouvoirs de nécessité 401

A. — La nécessité du contrôle politique 402

B. — Les modalités du contrôle politique 405

CONCLUSION 411

ELÉMENTS DE BIBLIOGRAPHIE 415

TABLE DES MATIÈRES 421

LIBRAIRIE GENERALE
DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE
PARIS
DEPOT LEGAL : 2e TRIMESTRE 1965
N° 1006

IMPRIMERIE HERISSEY
EVREUX
N° 3192